

UiO • Det juridiske fakultet

Rettferdig gjengjeldelse som begrunnelse for straff

En rettsfilosofisk betraktning

Kandidatnummer: 670

Leveringsfrist: 25.4.2014

Antall ord: 16 763



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Oppgavens tema og aktualitet	1
1.2	Definisjoner	3
1.2.1	Straff.....	3
1.2.2	Rettssikkerhet.....	3
1.2.3	Fornærmede	5
1.3	Avgrensninger	5
1.4	Metode.....	6
1.5	Videre fremstilling	8
2	HOVEDTREKK VED DAGENS PROSESSFORM.....	9
3	FORMÅLET MED STRAFF.....	10
3.1.1	Historisk utvikling.....	12
3.1.2	Nytteteorier	13
3.1.2.1	Individualprevensjon	13
3.1.2.2	Allmennprevensjon.....	14
3.1.3	Retributivisme.....	14
3.1.3.1	Retributivismens utbredelse	15
3.1.3.2	Ansvarliggjøring.....	16
3.1.3.3	Forholdsmessighet	17
3.1.3.4	Gjengjeldelse og hevn	18
4	ER RETTFERDIG GJENGJELDELSE EN DEL AV BEGRUNNELSEN FOR NORSK STRAFFERETT?.....	21
4.1.1	Lovtekst.....	21
4.1.1.1	Provokasjon og berettiget harme	21
4.1.1.2	Gradering av straff.....	23
4.1.2	Forarbeider	23
4.1.2.1	Kriminalmeldingen av 1978	23
4.1.2.2	Straffelovkommisjonen	25

4.1.3	Rettspraksis	28
4.1.3.1	Allmennprevensjon.....	29
4.1.3.2	Rettferdig gjengjeldelse	30
4.1.3.3	Dommen etter 22. juli.....	31
4.1.4	Juridisk teori.....	32
4.1.4.1	Strafferettsteori	33
4.1.4.2	Andre rettsteoretikere	36
4.1.5	Oppsummering.....	38
5	KAN STYRKINGEN AV FORNÆRMEDES RETTIGHETER BEGRUNNES I HENSYNET TIL RETTFERDIG GJENGJELDELSE?.....	40
5.1.1	Autonomi	41
5.1.1.1	Ansvarliggjøring av handlingsvalg.....	41
5.1.1.2	Fornærmedes autonomi	42
5.1.2	Rettferdighet.....	44
5.1.2.1	Skyldspørsmålet.....	45
5.1.2.2	Fornærmede og skyldspørsmålet	45
5.1.2.3	Reaksjonsspørsmålet	47
5.1.2.4	Fornærmede og reaksjonsspørsmålet.....	48
5.1.3	Tilliten til rettsvesenet.....	51
5.1.4	Oppsummering.....	52
6	AVSLUTNING	53

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema og aktualitet

Oppgavens overordnede tema er den rettsfilosofiske begrunnelsen for straff og styrkingen av fornærmedes rettigheter. Justisdepartementet ga i 2001 dr. juris Anne Robberstad i oppdrag å foreta en sammenlignende fremstilling av fornærmedes stilling i de nordiske landene. Arbeidet munnet ut i rapporten ”Kontradiksjon og verdighet”, og blant høringsinstansene viste det seg å være store variasjoner i synet på de prinsipielle spørsmålene rapporten tok for seg. Som følge av Robberstads utredning og det økende fokuset på fornærmedes rettigheter oppnevnte regjeringen i 2004 et utvalg for å utrede styrking av fornærmedes og pårørendes straffeprosessuelle stilling (utvalget benevnes i det følgende som fornærmedeutvalget). Våren 2006 leverte fornærmedeutvalget sin rapport til Justisdepartementet, og de fleste høringsinstansene ga sin tilslutning til hovedtrekkene i utredningen.

I vår rettstradisjon har straffesaker tradisjonelt vært ansett som et anliggende mellom staten og den tiltalte, og en endring i retning av å gi fornærmede større deltakelsesmulighet og innflytelse krever en grundig drøftelse av de ideologiske begrunnelsene for dette. Forsvaregruppen av 1977 viste til dette i sitt høringssvar til NOU 2006:10, hvor de mente at det var en svakhet ved utredningen at utvalget hadde lagt til grunn at fornærmede hadde legitime interesser i en straffesak, uten noen nærmere prinsipiell begrunnelse¹.

Jon T. Johnsen skriver i artikkelen “Upartisk straffeforfølgning – ramme for fornærmedes rettigheter i straffesaker?”, at det sentrale for en prinsipiell vurdering av fornærmedes straffeprosessuelle stilling må være de hensyn straffeforfølgningen skal ivareta.² Tiltaltes grunnleggende krav til rettssikkerhet gjennomsyrrer hele straffeprosessen. Når staten griper inn i den personlige frihet ved å straffeforfølge og ilegge straff, befinner vi oss innenfor kjerneområdet for legalitetsprinsippet. Endringer i straffeprosessen som kan påvirke siktedes rettssikkerhet tilsier også at en grundig rettsfilosofisk begrunnelse er nødvendig.

¹ Forsvarergruppen av 1997 (2006) pkt. 1.2

² Johnsen (2002) pkt. 1.2

Før jeg kan se nærmere på den prinsipielle begrunnelsen for styrkingen av fornærmedes rettigheter, er det derfor nødvendig å redegjøre for straffens formål. I sin doktoravhandling knyttet Robberstad styrkingen av fornærmedes stilling opp mot hensynet til gjenoppretting og forsoning.³ Redegjørelsen vil derfor ha hovedvekt på retributivismen⁴, herunder teorien om rettferdig gjengjeldelse.

Oppgavens første problemstilling er *om rettferdig gjengjeldelse kan sies å være en del av begrunnelsen for norsk rett*. Deretter vil jeg se nærmere på den prinsipielle begrunnelsen for styrkingen av fornærmedes rettigheter.

I oppgavens andre problemstilling vil jeg undersøke *om styrkingen av fornærmedes rettigheter kan begrunnes i hensynet til rettferdig gjengjeldelse*.

Oppgaven er i stor grad rettsfilosofisk. Begrunnelsen for valget av en slik innfallsvinkel er først og fremst en interesse for de rettsfilosofiske begrunnelsene for straff, herunder om styrkingen av fornærmedes rettigheter kan begrunnes i hensynet til rettferdig gjengjeldelse. I rettsfilosofien stilles de helt grunnleggende spørsmål om hva retten er, og hvordan denne kan begrunnes. Uten begrunnelser er det umulig å danne seg et inntrykk av sikkerheten til de utsagn som fremsettes.⁵ Robberstad skriver i sin doktoravhandling at vi har svært lite å bygge på når det gjelder forskning om hva Stortinget rent faktisk legger vekt på når de vedtar straffebud, og tilsvarende for domstolene når de utmåler straff.⁶ I sin bok om rettsfilosofi skriver Svein Eng: ”Som jurister er vi maktens tjenere, og det er en psykologisk tendens til at makten blir sin egen begrunnelse”⁷. Som representanter for rettsvitenskapen har vi et ansvar for å begrunne de juridiske standpunktene i en større sammenheng.

³ Robberstad (1999) s. 90

⁴ Nærmere definert under punkt 3.1.3

⁵ Eng (2007) s. 1

⁶ Robberstad (1999) s. 91

⁷ Eng (2007) s.1

1.2 Definisjoner

1.2.1 Straff

I norsk straffeprosess er straff definert som ”et onde som staten tilføyer en gjerningsmann på grunn av lovovertrædelsen i den hensikt at det skal føles som et onde”⁸. Denne definisjonen må sies å ha allmenn tilslutning, og ble også lagt til grunn av straffelovkommisjonen gjennom deres arbeid med å reformere straffelovgivningen i 1983.⁹ Ved en nærmere gjennomgang av definisjonen ser vi at det første leddet stiller krav til straffens innhold. Straffen som påføres skal være et onde. I norsk rett vil det som regel være snakk om enten frihetsberøvelse, rettighetstap og/eller bøter. Videre følger det at det er staten som må påføre straffen og det er et vilkår for å kunne straffe at det foreligger en lovovertrædelse. I dette leddet ser vi en kobling til legalitetsprinsippet i Grunnloven av 22. mai 1814 (heretter forkortet Grl.) § 96, straff kan ikke ilegges før siktede er dømt for lovovertrædelsen. I definisjonens siste ledd følger det at straffen er et tilsiktet onde. Statens hensikt med å ilegge straff er altså at gjerningsmannen skal oppleve straffen som et onde. I Johs. Andenæs omfattende verk om strafferetten, ”Alminnelig strafferett”, modererer han betydningen av dette leddet. Han hevder at den alminnelige oppfatningen i våre dager er at tilføyelsen av et onde ikke er et egenformål, men et middel til å hindre lovovertrædelser¹⁰.

1.2.2 Rettssikkerhet

Begrepet rettssikkerhet er ikke et entydig begrep. Kjernen i begrepet, som det stort sett er allmenn enighet om, er knyttet til enkeltindividenes rett til beskyttelse mot vilkårlige overgrep og maktmisbruk fra myndighetene, samt deres rett til å forutberegne deres rettsstilling og forsvare deres interesser.¹¹ Hensynet til likhet og rettferdighet blir også ofte regnet som en del av kjernen av rettssikkerhetsbegrepet.¹² Når det gjelder begrepets innhold på straffeprosessens område viser Robberstad til begrepet i snever forstand, hvor rettssikkerhet kan sammenfattes i et krav om at straffesakene må bli riktig bedømt.¹³

⁸ Andenæs (1976) s. 352, sitert av Høyesterett i Rt. 1977 s. 1207 s. 1209

⁹ NOU 1983:57 s. 49

¹⁰ Andenæs (2004) s. 12

¹¹ NOU 2009:15 s. 60

¹² Eckhoff og Smith (2006) s. 50

¹³ Robberstad (1999) s. 365

Det kan skilles mellom materiell og prosessuell rettssikkerhet. Den materielle rettssikkerheten stiller krav til avgjørelsenes innhold, mens den prosessuelle rettssikkerheten stiller krav til saksbehandlingen.¹⁴ I vår sammenheng er det særlig den prosessuelle rettssikkerheten som er interessant. Den prosessuelle rettssikkerheten er søkt ivaretatt gjennom kravene til en god prosessordning. Prosessordningen skal være betryggende, tillitsvekkende og hensynsfull ovenfor de involverte parter, samt være hurtig og billig. For å nå disse målene er det gjennom teori og rettspraksis utviklet prosessuelle grunnprinsipper som mer konkret angir hvordan straffesaken skal gjennomføres¹⁵. Helt sentrale i vår sammenheng er prinsippene om kontradiksjon, offentlighet og objektivitet. Prinsippene er ulovfestet, men en rekke av dem kommer til uttrykk i straffeprosessloven av 22. mai 1981 nr. 25 (heretter forkortet stprl).

Rettssikkerhetsbegrepet har tradisjonelt vært reservert for siktede, og ifølge Metodekontrollutvalget bak NOU 2009:15 er dette fortsatt den allmenne oppfatning¹⁶. Metodekontrollutvalget diskuterer imidlertid om fornærmedes interesser også skal omfattes av rettssikkerhetsbegrepet, eller om disse interessene skal ses på som mothensyn til ivaretagelsen av siktedes rettssikkerhet¹⁷. Justis- og beredskapsdepartementet viser til en forståelse av begrepet i vid forstand, som omfatter rettssikkerhet for fornærmede og samfunnet for øvrig¹⁸. Denne forståelsen viser seg også i politiloven av 4. august 1995 nr. 53 (heretter forkortet politil.) § 1 annet ledd, hvor det fremgår at politiets oppgave blant annet er å bidra til borgernes rettssikkerhet.

I denne oppgaven legger jeg til grunn den vide forståelsen av rettssikkerhetsbegrepet, som også omfatter et vern av fornærmedes interesser.

I tillegg til å sikre siktedes og fornærmedes interesser i den enkelte sak skal rettssikkerhetsprinsippene bidra til å styrke strafferettens legitimitet i samfunnet. En straffeforfølgning som ivaretar hensynet til siktedes og fornærmedes rettssikkerhet, bidrar til å øke befolkningens tillit til rettsvesenet. Tilliten til rettsvesenet er viktig av demokratiske hensyn. En demokratisk rettsstat kan ikke fungere uten støtte i befolkningen. Tillit er også viktig av

¹⁴ NOU 2009:15 s. 60

¹⁵ NOU 2006:10 s. 127

¹⁶ Betænking nr. 1428 pkt 7.1 og Strandbakken 2003 s.79, sitert av NOU 2009:15 s. 62 fotnote 9.

¹⁷ NOU 2009:15 s. 60, sitert etter Prop. 147 L (2012-2013) pkt. 3.3

¹⁸ Prop. 147 L (2012-2013) pkt. 3.3

innrettelseshensyn. Når befolkningen har tillit til at lovovertrедelser blir straffeforfulgt, øker dette sannsynligheten for at lovene håndheves.

1.2.3 Fornærmede

Strpl. inneholder ingen legaldefinisjon av begrepet fornærmede, og det nærmere innholdet av begrepet har blitt utviklet gjennom et samspill mellom teori og Høyesteretts praksis. Norsk juridisk teori definerer fornærmede gjerne som ”bæreren av det ved handlingen krenkede rettsgode”, eller ”innehaveren av en slik interesse som vedkommende straffebud tar sikte på å beskytte”.¹⁹ I den forbindelse vises det gjerne til Rt. 1911 s. 637 hvor førstvoterende uttalte: ”Ved spørgsmaalet om, hvem der har paataleret, maa det være afgjørende hvilket retsgode vedkommende straffebud har villet beskytte...”.²⁰

1.3 Avgrensninger

I denne oppgaven vil jeg anvende fornærmedebegrepet i den mest snevre betydning, altså som innehaver av den interesse som er krenket. Fornærmedes interesser i saken vil variere ut i fra personlige forutsetninger og lovbruddets art og alvorlighet. Strpl. § 107a er utformet etter en tilsvarende sonndring, ved at retten til bistandsadvokat er forbeholdt de mest alvorlige lovovertrедelsene. Jeg vil i hovedsak avgrense mot den gruppen fornærmede som etter strpl. § 107a ikke har rett til bistandsadvokat.

Tilsvarende som for fornærmede er det klart at etterlatte har faktiske interesser i straffesaken. Av hensyn til oppgavens størrelse og omfang, vil jeg imidlertid avgrense mot problemstillinger knyttet til etterlattes rettsstilling. Det samme gjelder andre skadelidte, som etter strpl. § 3 fjerde ledd har tilsvarende rett som fornærmede til å fremme rettskrav mot siktede såfremt rettskravet springer ut av samme handling saken gjelder.

Styrkingen av fornærmedes rettigheter viser seg på alle stadier i straffeprosessen, og deres interesser og begrunnelsene for disse vil variere ut i fra hvor i prosessen man befinner seg.

¹⁹ Robberstad (1999) s. 193

²⁰ Rt. 1911 s. 637

Denne oppgaven vil først og fremst omfatte fornærmedes interesser og begrunnelser for disse under hovedforhandling.

Strpl. kapittel 15 gir i visse tilfeller fornærmede rett til å selv forfølge straffesaken som part. Reglene spiller i praksis en beskjedent rolle, og flere har tatt til orde for å oppheve reglene. Av hensyn til oppgavens størrelse og omfang finner jeg ikke anledning til å gi noen redegjørelse for dette.

Endelig avgrenses det mot de folkerettslige forpliktelsene Norge har i forhold til siktede, her nevnes særlig den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) art. 6 nr. 1 og FN-konvensjonen om de sivile og politiske rettigheter av 1966 (SP) art. 14 nr. 1. Også spørsmålet om hvilke rettigheter fornærmede kan utlede av EMK faller utenfor oppgavens tema.

1.4 Metode

Denne avhandlingen tar først og fremst sikte på å redegjøre for begrunnelser. Begrunnelser for straff som sådan, og begrunnelser for fornærmedes styrkede rettigheter i straffeprosessen.

I det rettsdogmatiske perspektivet anvender man rettskildefaktorene etter rettskildelærens prinsipper for å redegjøre for gjeldende rett. De relevante rettskildefaktorene, lov, forarbeider, rettspraksis og reelle hensyn tolkes og veies mot hverandre når man tar stilling til et konkret rettsspørsmål. I denne oppgaven skiller imidlertid bruken seg fra hva som tradisjonelt oppfattes som rettsdogmatikk, ved at den ikke har regeltolking eller fastlegging av juridiske spørsmål som sitt hovedanliggende.²¹ Rettsfilosofiens interesse for begrunnelser har nær sammenheng med rettskildelærens verdivurderinger og formålsbetraktninger. Forskjellen kan beskrives slik at rettsdogmatikken er mer praktisk orientert og mindre dyptpløyende enn rettsfilosofien.²² Rettsfilosofiens formål er blant annet å beskrive rettens begrunnelser, og ser derfor i større grad enn rettskildelæren på rettens kontekstualitet og forholdet mellom retten og samfunnet.²³ Da oppgaven tar for seg overordnede begrunnelser for straff, er det naturlig å omtale dette som rettsfilosofi. Om man velger å omtale perspektivet som rettsfilosofisk eller

²¹ Dahl (1994) s. 92, sitert etter Ertzeid (2005) s. 13

²² Eckhoff (2001) s. 18

²³ Zahle (2005) s.227-228

rettsdogmatisk har imidlertid liten betydning for mitt metodiske formål. Jeg tar et naturlig utgangspunkt i de relevante rettskildefaktorene for å belyse og begrunne det rettsfilosofiske perspektivet.²⁴ I oppgavens siste del, hvor jeg drøfter hvorvidt fornærmedes styrkede rettigheter kan sees som et uttrykk for rettferdig gjengjeldelse, ser jeg i tillegg til de relevante rettskildefaktorene også til verdimeslige strømninger og menneskesyn som dominerer i samfunnet.

Straffens begrunnelser er ikke et konkret rettsspørsmål hvor man gjennom en fortolkning og vekting av de ulike rettskildefaktorer kan fastlegge gjeldende rett. Temaet har ikke vært underlagt noen helhetlig analyse fra lovgivers side, og det varierer i hvilken grad og i hvilken retning forarbeidene uttaler seg om temaet. Det er heller ikke kommet direkte til uttrykk i lovtekst, og i den grad jeg går inn på rettskildefaktoren lovtekst i drøftelsen, er det gjennom en fortolkning av hvorvidt formålet med straff mer implisitt kommer til uttrykk gjennom enkelte bestemmelser. Videre er ikke spørsmålet om begrunnelser av natur egnet til å tas opp til formell avgjørelse ved domstolene. Også her er jeg overlatt til en fortolkning av uttalelser i dommer for å se om jeg kan utlede noe om straffens formål. Når det gjelder kildebruk har jeg derfor i stor grad benyttet meg av forarbeider og juridisk litteratur, men også sett hen til lovtekst og rettspraksis for å se om jeg kan utlede noe om straffens begrunnelser av disse tekstene.

Når det gjelder drøftelsen av om fornærmedes styrkede stilling i norsk straffeprosess kan begrunnes i rettferdig gjengjeldelse har rettskildebildet vært utfordrende. I sin bok om allmennprevensjonens rettslige legitimitet, går Jacobsen inn på rettskildemessige utfordringer for denne type moralspørsmål i rettslige kontekster.²⁵ Den prinsipielle begrunnelsen for fornærmedes stilling vil også være et slikt moralspørsmål. Han mener at den ”eckhoffske” rettskildelæren gir en innfallsport til argumentasjon rundt moralstandpunkt av den typen allmennprevensjonen er et uttrykk for, gjennom bruk av reelle hensyn. Videre sier han at på bakgrunn av den subsidiære status reelle hensyn har i forhold til de andre rettskildefaktorene som lov og rettspraksis, er det nødvendig med en annen metodisk tilnærming enn rettskildelæren. Han presenterer derfor det han betegner som en moralsk-juridisk metode, en normativ

²⁴ Zahle (2005) s. 324

²⁵ Jacobsen (2004) s. 94

rettsvitenskap, som en tilnærming til forståelse av forholdet mellom rett og moral.²⁶ Den normative rettsvitenskap går dypere inn i verdistandpunkter som retten hviler på, men befinner seg fortsatt innenfor rettsvitenskapen.²⁷ Jacobsen mener at dette er avgjørende for å hindre at diskusjonen bærer preg av en uforpliktende syensing om rettsreglene, argumentasjonen må bygge på det juridiske fellesskapets normative forutsetninger, den juridiske metode.²⁸ Argumentasjonen er dermed like relevant i en rettsdogmatisk sammenheng, men trenger ikke å bli veid mot rettskildefaktorer som lovtekst og praksis.²⁹

Jeg synes Jacobsens metodiske tilnærming til denne type moralspørsmål har mye for seg. De tradisjonelle og tungtveiende rettskildefaktorene lov og praksis er av natur lite egnet til å bidra i denne sammenheng. Så vidt jeg er kjent med har heller ikke spørsmålet tidligere vært gjenstand for en utfyllende drøftelse i forarbeider eller teori, selv om enkelte har reist tilsvarende problemstillinger.³⁰ Jeg har i stor grad vært overlatt til å drøfte den prinsipielle begrunnelsen for fornærmedes stilling med utgangspunkt i verdimeslige betraktninger, altså reelle hensyn. Selv om det overordnede perspektivet i oppgaven er rettsfilosofisk, og jeg i større grad enn etter rettsdogmatikken kan tillate meg å legge vekt på slike hensyn, retter budskapet i oppgaven seg mot deltakere innenfor det juridisk kommunikative fellesskap. Det metodiske grunnlaget må derfor, for å sikre drøftelsens legitimitet, være allmenngyldig innenfor dette fellesskapet.³¹

1.5 Videre fremstilling

I det følgende vil jeg i kapittel 2 kort redegjøre for hovedtrekk ved dagens prosessform, med hovedvekt på de ulike aktørene i straffesaken. I kapittel 3 følger en fremstilling av straffens formål. Her vil jeg først se hen til den historiske utvikling som har funnet sted når det gjelder begrunnelse for straff, deretter vil jeg redegjøre for de relative og de absolutte strafferettsteorier. Avslutningsvis i kapittel 3 vil jeg også gå nærmere inn på forholdet mellom gjengjeldelse

²⁶ Jacobsen (2004) s. 94

²⁷ Ibid s. 96

²⁸ Ibid s. 98-99

²⁹ Ibid s. 96

³⁰ Robberstad (1999) s 90, Ertzeid (2005) s. 128

³¹ Jacobsen (2004) s. 99

og hevn. Deretter følger oppgavens to drøftelser. Først drøfter jeg hvorvidt rettferdig gjengjeldelse kan sies å utgjøre en del av begrunnelsen for straff, dernest om styrkingen av fornærmedes rettigheter kan begrunnes i hensynet til rettferdig gjengjeldelse. Avslutningsvis kommer jeg med noen samlede betraktninger knyttet til den offisielle begrunnelsen for straff, og om dette kan ha påvirket styrkingen av fornærmedes rettigheter.

2 Hovedtrekk ved dagens prosessform

Norsk straffeprosess karakteriseres i all hovedsak som akkusatorisk, med visse innslag av inkvisitoriske trekk. At en prosess er akkusatorisk betyr at den består av en anklager, som regel påtalemyndigheten og den anklagede. Dommeren sørger for at partene holder seg til spillereglene, men tar ikke aktivt del i striden.³² De inkvisitoriske trekk viser seg først og fremst gjennom dommerens ansvar for sakens opplysning etter strpl. §294 og partenes manglende rådighet over sakens faktum, § 38 første ledd og valg av reaksjonsform § 38 annet ledd³³. En prosess kjennetegnet av inkvisisjon tillegger dommeren det fulle ansvar for å oppklare og avgjøre saken³⁴.

Påtalemyndigheten er et statsorgan med fulle partsrettigheter, og opptrer som aktor under hovedforhandling. Dens overordnede målsetting er å få en objektivt riktig avgjørelse, og skal dermed ivareta både den offentlige interesse i få lovovertredere trukket til ansvar, og siktedes rettssikkerhet.

Når påtalemyndigheten beslutter å forfølge saken for retten endres den påståtte gjerningsmannens status fra mistenkt til siktet. Siktede har fulle partsrettigheter, og har etter strpl. § 94 alltid rett, og i mange tilfeller plikt, til å la seg forsvare av en advokat. Siktetes rettssikkerhet er et overordnet hensyn i straffeprosessen.

³² Andenæs (2000) s. 35

³³ Robberstad (1999) s. 138-141

³⁴ Andenæs (2000) s. 35

Fornærmede har ikke status som part i straffesaken, men har etter flere lovendringer, spesielt i 2008, fått styrket sine rettigheter. Her nevnes spesielt økt rett til informasjon om sakens utvikling i forkant og etterkant av hovedforhandling, jf. for eksempel strpl. § 93 e. Retten til deltakelse og innflytelse er betraktelig styrket, særlig gjennom retten til å være tilstede ved alle rettsmøter, jf. § 93 c, og til å forklare seg før tiltalte, jf. § 289 a. Den utvidede retten til bistandsadvokat som lovendringen i 2008 medførte, er særlig viktig ettersom bistandsadvokatens prosessuelle rettigheter strekker seg lenger enn for fornærmede uten bistandsadvokat. Viktigst her er bistandsadvokatens rett til å foreslå supplerende bevisførsel, jf. § 264 a annet ledd og rett til å stille spørsmål til vitner, sakkyndige og tiltalte, jf. § 291 a. Bistandsadvokaten har også ansvaret for å fremme fornærmedes sivilrettslige krav, jf. § 428.

3 Formålet med straff

Straffens negative karakter av å tilføre noen et tilsiktet onde innebærer handlinger som vi normalt anser som moralsk forkastelige. Blant de rettslige institusjonene står dermed straffen i en særstilling, og reiser spørsmål ved hvordan en slik tilføyelse kan forsvares.³⁵ Straffelovkommisjonen viser til dette dilemmaet når de sier at ”Straff er et tilsiktet onde. Skal staten tilføre borgerne et tilsiktet onde, krever det en moralsk berettigelse”.³⁶ Straffelovkommisjonens medlem, jurist og kriminolog Ragnar Hauge har utførlig redegjort for straffens begrunnelser, og viser også til begrunnelsen for straff som sentralt når det gjelder berettigelsen av å påføre borgerne onder og lidelser³⁷. Strafferettsteorier har som formål å forsvare bruken av straff gjennom å vise til en moralsk berettigelse. Når det gjelder hva som kan berettige bruken av straff sier straffelovkommisjonen at ”Nytte hensyn er etter kommisjonens syn relevante [...]. For at samfunnet skal være berettiget til overhodet å bruke straff som virkemiddel, må det imidlertid også kreves at en straffereaksjon framstår som rimelig eller rettferdig.”³⁸

Strafferettsteorier fremstilles gjerne som to motsatser, de relative teorier eller nytteteorier på den ene siden og de absolutte teorier eller gjengjeldelsesteorier på den andre. Ståle Eskeland

³⁵ Andenæs (2004) s. 67

³⁶ NOU 2002:4 s. 82

³⁷ Hauge (1996) s. 15

³⁸ NOU 2002:4 s. 82

oppsummerer forskjellen på følgende måte: ”En strafferett der gjengjeldelse av interessekrenkelse er det sentrale kjennetegn, sier man gjerne hviler på en absolutt straffeteori, mens en strafferett der straffen først og fremst ses på som et styringsmiddel, hviler på en relativ straffeteori”.³⁹

Den danske rettsfilosofen Alf Ross rettet sterk kritikk mot beskrivelsen av rettferdig gjengjeldelse som et formål med straff. I følge Ross kan ikke rettferdig gjengjeldelse betegnes som et formål, da et formål nødvendigvis må ta sikte på noe fremtidig.⁴⁰ Betegnelsen har blitt forsvart fra en rekke hold, blant annet beskrev Andenæs Ross sin kritikk som en lite givende ”semantisk eksersis”.⁴¹ Tilhengerene av rettferdig gjengjeldelse vil også hevde at gjengjeldelsen har en gjenopprettende funksjon som sitt fremtidig formål. I denne oppgaven vil uttrykket straffens formål også anses å kunne omfatte rettferdig gjengjeldelse.

I det følgende vil jeg se nærmere på de relative teorier, herunder allmennprevensjon og individualprevensjon. Deretter vil jeg redegjøre for de absolutte teorier, herunder rettferdig gjengjeldelse. Redegjørelsen for rettferdig gjengjeldelse blir mer utførlig enn for prevensjonshensynene. Dette er dels begrunnet med oppgavens problemstilling og dels med at prevensjonshensynet er mer fremtredende i norsk rett og dermed forutsettes bedre kjent for leseren.

Forholdsmessighetsbetraktninger spiller en sentral rolle i norsk rett⁴², men har ingen naturlig begrunnelse i hensynet til prevensjon. En nærmere utdypning av dette vil derfor skje sammen med redegjørelsen av teorien om rettferdig gjengjeldelse. Den påfølgende drøftelsen av dens rolle i norsk rett og hvilke slutninger man kan trekke av dette, vil finne sted under drøftelsen av om rettferdig gjengjeldelse er en del av begrunnelsen for norsk rett. Først følger en kort oppsummering av utviklingen av straffens begrunnelse i norsk rett.

³⁹ Eskeland (2006) s. 47

⁴⁰ Ross (1969) s. 399, sitert etter Bratholm (1980) s. 115

⁴¹ Andenæs (1971) s. 153, sitert etter Bratholm (1980) s. 115

⁴² NOU 2002:4 s. 82

3.1.1 Historisk utvikling

I den eldste strafferetten var det gjengjeldelsesbetraktninger som var den sentrale begrunnelsen for straff. Vi har beskrivelser av den germanske retten fra begynnelsen av vår tidsregning, og sentralt her var at hevnen skulle gjenreise den tapte æren, og man skulle få oppreisning for den krenkelsen som var påført.⁴³

Etterhvert fikk prevensjon en sentral rolle i lovgivningen. I Christian 5.s norske lov av 1687 skulle straffen virke avskrekkende på borgerne som med egne øyne skulle få se hva som skjedde med lovovertrederen. For lovovertrederen selv var imidlertid begrunnelsen med straff gjengjeldelse og soning.⁴⁴ I årene før og etter overgangen til 1900-tallet skjedde det store lov-reformer på sosial- og kriminalpolitikens området. Fokuset dreide mer over på straffens nyttevirksomheter, og rene gjengjeldelsesbetraktninger ble ansett som lite legitime og politisk ukorrekt. I arbeidet med straffeloven av 1902 ble det lagt vekt på å redusere risikoen for fremtidige lovbrudd, og gjengjeldelseshensynet ble i stor grad forlatt til fordel for prevensjonshensyn.⁴⁵ Nils Christie beskriver utviklingen slik; ”Formålet har beveget seg fra rettferdighetsavveining til samfunnsnytte. [...] Virksomheten er blitt eksemplarisk, det sentrale blir å avskrekke andre...”⁴⁶

De siste tiårene har det i Norden kommet kriminalpolitiske tilstrømninger av tankegods kjent som “nyklassisisme”. Nyklassisismen er et uttrykk for strafferettsteorien retributivisme, og aksepterer i større grad gjengjeldelse og rettferdighetsbetraktninger. Kriminalmeldingen av 1978 var i følge dr. juris Jørn Jacobsen i vesentlig grad et uttrykk for nyklassisistisk tenkning. Formålet med kriminalmeldingen var å få i gang en bred og allsidig debatt om kriminalpolitikk.⁴⁷ Meldingen fremhevet rettferdighetsbetraktninger som et sentralt hensyn, og inntok en noe reservert holdning til allmennprevensjon som begrunnelse for straff.⁴⁸

⁴³ Hauge (1996) s. 29-35

⁴⁴ Ibid s. 73

⁴⁵ Ibid s. 238

⁴⁶ Christie (2000) s. 160

⁴⁷ St. meld. nr. 104 (1977-78) s. 5, sitert etter Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 33

⁴⁸ Jacobsen (2004) s. 41 og St. meld. nr. 104 (1977-78) s. 31

Nyklassisismen representerte en slags motvekt mot den dominerende behandlings-, og prevensjonsideologien. Denne debatten nådde i liten grad frem til norsk strafferettsvitenskap, og i den grad den var oppe, ble den stort sett møtt med kritikk. Johs. Andenæs, som må anses for å være blant de mest innflytelsesrike teoretikere i norsk strafferett skrev i sin utgave av "Allminnelige strafferett" fra 1974; "I nordisk strafferettsvitenskap spiller gjengjeldelsesteorier ingen praktisk rolle".⁴⁹

Cand. phil og dr. juris i rettsfilosofi, Morten Kinander mener at i de aller fleste fremstillinger av norsk straffeprosess er prevensjonshensynet det sentrale, og at det i følge den norske offisielle utlegning av straffens legitimitet kun er prevensjon og samfunnsnytte som er akseptable begrunnelser for frihetsberøvelse⁵⁰. Også Hauge viser til den manglende rotfestelsen av nyklassisismen i Norge, og mener at norsk strafferett hviler på allmennpreventive hensyn.⁵¹

3.1.2 Nytteteorier

De strafferettsteorier som betegnes som nytteteorier har et klart utilitaristisk utgangspunkt. Kravet om at straffen skal ha en nytteverdi for samfunnet henger sammen med definisjonen av straff som et tilsiktet onde. "[H]ensynet til rettferdighet og humanitet taler mot å påføre mennesker et onde uten at det har noen nytteverdi for samfunnet"⁵². Nytteteorier anser straff som berettiget kun dersom den fører med seg nyttige virkninger for samfunnet. Straff som forebygging av fremtidige lovbrudd er dermed berettiget.⁵³ Nytteteoriene deles gjerne inn i to hovedkategorier, individualprevensjon som retter seg mot lovovertrederen selv, og allmennprevensjon som retter seg mot samfunnet som helhet.

3.1.2.1 Individualprevensjon

De individualpreventive virkningene kan deles inn i tre kategorier: uskadeliggjøring, avskrekking og rehabilitering. Uskadeliggjøring eller inkapasitering innebærer at lovovertrederen er fysisk forhindret i å foreta nye straffbare handlinger. I vår tid er dette særlig knyttet til

⁴⁹ Andenæs (1974) s. 80, sitert etter Kinander (2013)

⁵⁰ Kinander (2013) s. 155-156

⁵¹ Hauge (1996) s. 318

⁵² Ot.prpr.nr 90 (2003-2004) s. 77

⁵³ Andenæs (1996) s. 13

frihetsberøvelse, og spesielt ved bruk av forvaring er uskadeliggjøring et relevant hensyn. Den avskrekkende virkningen oppstår når lovovertrederen opplever straffen som så negativ at han som følge av dette avstår fra å begå nye forbrytelser.⁵⁴ Rehabilitering eller forbedring av lovovertrederen skjer når vedkommende tar inn over seg ugjerningen, forstår det forkastelige eller ufornuftige ved handlingen og som følge av dette ønsker å bli lovlydig⁵⁵.

3.1.2.2 Allmennprevensjon

De allmennpreventive virkningene viser seg ved at straffetrusselen i straffebudet forhindrer lovbrudd, samt ved at borgerne opptrer lovlydig når de ser at lovbrudd blir møtt med en reaksjon de selv vil unngå.⁵⁶ Det skilles gjerne mellom avskrekkende, vanedannende og moraliskapende eller holdningsskapende virkninger. Med avskrekkende virkning siktes det til hvordan den generelle muligheten for å bli straffet forhindrer borgerne i å begå lovovertrедelser. Vanedannelse foregår ved at borgerne overholder straffebudet som en selvfølge, straffetrusselen styrer atferden uten at man tenker nærmere over det. Den siste virkningen er når straffebudet internaliseres og blir en del av borgernes verdigrunnlag⁵⁷.

3.1.3 Retributivisme

Rettferdig gjengjeldelse hører inn under de retributive eller absolutte strafferettsteoriene. Ordet retribusjon kommer fra det latinske ordet retribuere som betyr å betale tilbake. Begrepet vekker assosiasjoner til gamle måter å tenke om straff på fra Moselovens ”øye for øye, tann for tann” og Norske Lovs ”liv for liv”.⁵⁸ Prinsippets formål var først og fremst å sette en skranke for gjengjeldelsen, straffen skulle være proporsjonal med den forutgående krenkelsen.

Ertzeid mener at det må skilles mellom situasjoner der straffen beskrives som en gjengjeldelse, og spørsmål om hvorvidt gjengjeldelse utgjør en legitim begrunnelse for straff.⁵⁹ Også innenfor de relative teorier kan det være aktuelt å beskrive straffen som en gjengjeldelse, men

⁵⁴ Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) s. 78

⁵⁵ Hauge (1996) s. 19.

⁵⁶ Andenæs (2004) s. 81

⁵⁷ Ibid s. 84-85

⁵⁸ Ibid s. 68

⁵⁹ Ertzeid (2005) s. 39

i motsetning til de retributive teorier har ikke gjengjeldelseselementet noen verdi i seg selv.⁶⁰ I denne oppgaven drøftes rettferdig gjengjeldelse som mulig måte å begrunne straff på, ikke som en beskrivelse av selve straffen.

I det følgende vil jeg først se på retributivismens utbredelse, deretter vil jeg redegjøre for sentrale elementer i teorien. Avslutningsvis finner jeg grunn til å si noe om forholdet mellom hevn og gjengjeldelse, da det er min oppfatning at en del av motstanden mot retributivismen henger sammen med en frykt for å bli assosiert med et primitivt og hevngjerrig menneskesyn.

3.1.3.1 Retributivismens utbredelse

Internasjonalt har det siden 1970-tallet pågått en stor debatt rundt straffens begrunnelse, med utgangspunkt i de retributive strafferettsteoriene. Ifølge dr. juris Michael Tonry fikk elementer fra retributivismen, særlig når det gjaldt straffeutmåling, først innflytelse på straffesystemet i USA, og deretter Canada, Australia, England og Wales. I USA ble imidlertid dette raskt forlatt, og utover 1980- og 1990-tallet ble det amerikanske straffesystemet kjennetegnet av svært strenge straffer, hvor særlig inkapasitering var en viktig begrunnelse.⁶¹ Som følge av denne raske omveltningen har mange tillagt retributivismen skylden for det til tider hensynsløse straffesystemet i USA. Dr. juris James Whitman problematiserer dette i sin artikkel ”A plea against retributivism”, og påstår at det særlig blant europeere har vært naturlig å se påvirkningen av retributivismen og det amerikanske straffesystemets brutalitet i sammenheng. For amerikanske rettfilosofer er dette en uriktig og unyansert slutning.⁶² Blant de nordiske landene er det særlig i Sverige og Finland man tydelig ser konkrete utslag av rettferdig gjengjeldelse i lovgivningen. Under reformeringen av deres straffelover på 1980-tallet gikk begge landene bort fra nyttehensyn ved utmålingen av straff, og dommeren skulle i stedet utelukkende legge vekt på rettferdighetstanker.⁶³

Den norske straffelovkommisjonen viste til endringene i Sverige og Finland, men mente at de gikk for langt når de på prinsipielt grunnlag avskar muligheten for å legge vekt på

⁶⁰ Andenæs (2004) s. 68

⁶¹ Tonry (2011) s. 9

⁶² Whitman (2004) s. 94

⁶³ NOU 2002:4 s. 119

prevensjonshensyn. Straffelovkommisjonen mente ikke bare at prevensjonshensyn var relevante i denne sammenhengen, men trakk prevensjonsargumentet enda lenger:

”På mer prinsipielt grunnlag kan man spørre om det ikke også bør kunne tas rene prevensjonshensyn selv om disse skulle komme i konflikt med rettferdighetshensyn. Når det er den alminnelig aksepterte oppfatning at selve straffesystemet er forankret i samfunnsnytt, kan man spørre om det ikke er naturlig at den nærmere innretningen av systemet også skjer på bakgrunn av nyttebetraktninger.”⁶⁴

En mer utfyllende drøftelse av retributivismens stilling i norsk rett følger senere i oppgaven.

3.1.3.2 Ansvarliggjøring

Duus-Otterström regnes for å være en av Skandinavias største tilhengere av rettferdig gjengjeldelse som begrunnelse for straff. I sin doktoravhandling over temaet nevner han den personlige frihet, evnen til å treffe rasjonelle beslutninger og ta ansvar for egne handlinger som sentralt innenfor teorien om rettferdig gjengjeldelse. Å straffe noen innebærer å holde dem ansvarlige for sine egne handlinger.⁶⁵ Som en konsekvens av den personlige frihet følger et personlig ansvar. Dersom du kunne ha handlet annerledes i en situasjon, er du å bebreide.⁶⁶ Mangler lovovertrederen evne til å treffe rasjonelle beslutninger, som følge av for eksempel lav alder eller kognitiv svekkelse, bortfaller eller reduseres ansvarligheten.⁶⁷ Vedkommende fortjener dermed ikke å bli straffet. Her begrunnes dette i rettferdighetshensyn. I norsk rett har vi tilsvarende regler om straffrihet for lovovertrедere uten skyldene. Andenæs viser til rettferdighetshensyn som begrunnelse for dette, men også til prevensjonshensyn. Han skriver at det ut i fra et individualpreventivt synspunkt er lite hensiktsmessig med straff for de gruppene det her er snakk om. De allmennpreventive virkninger av straff svekkes heller ikke dersom borgerne med evne til å treffe rasjonelle beslutninger ser at straff ikke pålegges ovenfor personer som mangler disse evnene.⁶⁸

⁶⁴ NOU 2002:4 s. 126

⁶⁵ Duus-Otterström (2007) s. 18

⁶⁶ Ibid s. 22

⁶⁷ Andenæs (2004) s. 288

⁶⁸ Andenæs (2004) s. 291-292

I motsetning til strafferettsteoriene om prevensjon hvor begrunnelsen for straff er å hindre gjerningsmannen og samfunnet i å begå fremtidige lovbrudd, begrunner retributivistene straffen med at gjerningsmannen allerede har begått et lovbrudd. At lovbruddet har skjedd er for tilhengere av teorien om rettferdig gjengjeldelse tilstrekkelig for å straffe, mens for andre vil det kun være en nødvendig betingelse.⁶⁹ Innenfor teorien om rettferdig gjengjeldelse anser enkelte det til og med som en moralsk plikt å straffe gjerningsmannen. Ved å straffe vedkommende viser vi at vi tar han på alvor. Filosofen Georg Friedrich Hegel uttrykte dette som at straffen er forbryterens rettighet⁷⁰. Herbert Morris, filosofi- og jusprofessor emeritus ved University of California Los Angeles er en av vår tids mest kjente retributivister. Han viser også til gjerningsmannen rett til å bli straffet. Denne retten ledes ut av den grunnleggende retten vi har til å bli behandlet som et menneske, og er naturlig, uavhengelig og absolutt. Der- som vi nektes denne retten blir vi også fratatt alle våre moralske rettigheter og plikter.⁷¹

3.1.3.3 Forholdsmessighet

For moderne retributivister er formålet med straffen først og fremst at den er rettferdig. Hvilken effekt straffen har, og hvilken nytte den har for samfunnet kommer i annen rekke. Kravet til rettferdighet avgjør også straffens innhold. At det er forholdsmessighet mellom forbrytelse og straff er dermed fortsatt grunnleggende.⁷² Forholdsmessighet forstås som et krav om at straffen skal stå i et rimelig forhold til handlingens straffverdighet, og begrenser den vekt det ellers kan legges på prevensjonshensynet.⁷³ Torstein Eckhoff omtaler dette som et prinsipp om likevektsrettferdighet, ondt kan gjengjeldes med ondt inntil likevekten er gjenopprettet. Rettferdighetsprinsippet fungerer som en strafferegulerende norm som krever forholdsmessighet mellom forbrytelse og straff.⁷⁴ Likevektsbetraktninger er sentrale i denne sammenheng, formålet med straff er å gjenopprette likevekten mellom menneskene. Dr. philos Paul Leer-Salvesen viser til Immanuel Kant for å illustrere dette. Kants tanke var at gjengjeldelsen

⁶⁹ Kinander (2013) s. 179

⁷⁰ Duus-Otterström (2009)

⁷¹ Morris (1968) s. 476

⁷² Andenæs (2004) s. 68

⁷³ Eskeland (2006) s. 56

⁷⁴ Eckhoff (1971) s. 185-186

skulle fullbyrde likheten mellom forbryteren og offeret. Gjengjeldelsen måtte altså ligne forbrytelsen. Kant fikk med sine tanker om straff betydelig innflytelse på utviklingen av strafferettslig tenking i Europa. Kant var opptatt av forbrytelsen i seg selv, og gjengjeldelsen var begrunnet i selve forbrytelsen, og ikke i forbryteren. Rettferdigheten skulle gjenopprettes gjennom gjengjeldelse.⁷⁵

Proporsjonalitet slik det forstås blant moderne retributivister er å anse mer som en rettesnor, en gradering av straffens strenghet ut i fra forbrytelsens grovhet. Den er ikke ment å skulle tas bokstavelig, valg av reaksjonsform begrenses blant annet av hensyn til humanitet og menneskeverd. Straffen trenger ikke være likeartet som forbrytelsen, men likeverdig.⁷⁶ Den nærmere redegjørelse for hvordan proporsjonaliteten mellom forbrytelse og straff skal bestemmes vil ifølge Torstein Eckhoff og Nils Christie variere med tid og sted⁷⁷.

3.1.3.4 Gjengjeldelse og hevn

I den rettslige diskusjonen av straffens begrunnelser forekommer det ikke sjelden at gjengjeldelse regnes som synonymt med hevn. Et eksempel er en kronikk daværende justisminister Knut Storberget skrev i Aftenposten, hvor han skriver at ”Det er et alminnelig syn i dag at gjengjeldelse (hevn) ikke kan være straffens formål.”⁷⁸ Knut Storbergets plassering av ordet ”hevn” i parentes, viser med all tydelighet den koblingen han, og andre, trekker mellom gjengjeldelse og hevn. Hevn er et negativt ladet begrep som for mange vekker assosiasjoner til primitive sivilisasjoner og menneskelige motiver som vi ikke ønsker å identifisere oss med. Jeg oppfatter begrepet som tabuisert, da svært mange umiddelbart reagerer med å ta avstand fra begrepet uten noen nærmere refleksjon rundt begrepets innhold.

Når det gjelder rettssystemer hvor hevn spiller en sentral rolle er det vanskelig å komme uten Sharia. Dr. Juris Ann Elizabeth Mayer skrev i en artikkel for The American Journal of Comparative Law om forholdet mellom rett og religion i den muslimske delen av Midtøsten.⁷⁹

⁷⁵ Leer-Salvesen (1991) s. 226-227

⁷⁶ Eckhoff (1971) s. 188

⁷⁷ Christie (1966) sitert etter Eckhoff (1971) s. 188

⁷⁸ Storberget (2007)

⁷⁹ Mayer (1987) s. 130

Sharia er et religiøst rettssystem bygget på Islam, og er i større eller mindre grad utbredt blant de muslimske landene i verden. For en stor del av befolkningen i den vestlige delen av verden er Sharia oppfattet som brutal, lite human og drevet av hevntanker. En del av disse oppfatningene har sitt utspring fra ekstreme tilfeller referert gjennom mediene, men det er også klart at hevn er et sentralt element i Sharialovgivningens begrunnelse for straff. Verdier som vi setter høyt i vårt rettssystem, som rettssikkerhet og hensyn til tiltalte, har ingen sentral plass i Sharia.⁸⁰ En stor del av Sharialovgivningen ligger fjernt fra det norske rettssystemet, og bygger i stor grad på et verdisyn som vi ikke ønsker å identifisere oss med. Dette kan være med på å forklare vår umiddelbare motstand mot gjengjeldelse som en verdi i strafferetten.

Forholdet mellom gjengjeldelse og hevn kan etter min oppfatning ha betydning for den stilling retributivismen har i norsk rett, og jeg vil derfor i det følgende se nærmere på ulike forståelsesmåter av dette forholdet. Etter en naturlig språklig forståelse henger begrepene nøye sammen, og i bokmålsordboka er begrepene listet som synonyme med hverandre.⁸¹

Johs. Andenæs er blant teoretikerne som sonderer mellom gjengjeldelse og hevn. I boken ”Straffen som problem” fremstiller han hevnen som en tilfredstillelse av en følelsesmessig trang, mens gjengjeldelse omtales som ”... et utslag av et moralsk prinsipp som går ut på at enhver bør få den skjebne han fortjener”. I følge Andenæs er det en nær historisk og psykologisk sammenheng mellom begrepene, men ut i fra hans sontring fremstår hevnen mer som en følelse, og gjengjeldelsen som et metafysisk prinsipp.⁸²

En forutsetning i Torstein Eckhoffs bok om rettferdighet, er at gjengjeldelseshensyn kan være en legitim begrunnelse for straff.⁸³ I boken sonderer han dermed ikke eksplisitt mellom hevn og gjengjeldelse, men mellom hevn og straff. Han mener at ”...hevnen har preg av en personlig gjengjeldelse”. Straffen kan i likhet med hevnen være foranlediget av at strafferer selv er krenket, og være begrunnet i gjengjeldelsesbetraktninger. Men straffen mangler det personlige preg som hevnen har, og ”...har mer preg av en reaksjon mot noe som fremstår som objektivt

⁸⁰ Ibid s. 174

⁸¹ Bokmålsordboka, Universitetsforlaget, elektronisk versjon

⁸² Andenæs (1996) s. 12

⁸³ Eckhoff (1971) s. 149

sett uriktig.”⁸⁴ Også Morten Kinander sonderer mellom hevn og straff, og hans forståelse er langt på vei sammenfallende med Eckhoffs.⁸⁵

Aina Ertzeid viser i sin studie av hevners strafferettslige legitimitet til sondringen mellom hevn og gjengjeldelse i den filosofiske tradisjonen. Hennes funn er at hevnen oppfattes som subjektiv, ukontrollert og følelsesstyrt, mens gjengjeldelsen er institusjonalisert, avpersonifisert og basert på en objektiv målestokk for rettmessighet.⁸⁶ Ertzeid åpner opp for et mer positivt syn på hevn, og slutter seg ikke til at hevners eventuelle personlige tilknytning skulle innebære noen umiddelbar forskjell i den moralske vurderingen enn for den institusjonaliserte gjengjeldelsen.⁸⁷ Hennes forståelse av begrepene er at de begge relaterer seg til det samme rettferdighetsprinsipp; ”...et onde som begrunnes i et annet onde.” Som følge av dette innebærer bruken av gjengjeldelsesbegrepet at det ikke kan utelukkes at det som omtales er ensbetydende med hevn.⁸⁸

Min forståelse av begrepene er et stykke på vei sammenfallende med Ertzeid. Jeg ser allikevel at de utfordringene gjengjeldelsesbegrepet møter ved å bli assosiert med hevn hindrer gjengjeldelsesbegrepets innpass i den rettslige diskusjonen. Å operere med begreper som skiller mellom vilkårlig, følelsesstyrt og irrasjonell gjengjeldelse og en objektiv, institusjonalisert gjengjeldelse har derfor etter min mening mye for seg. Jeg vil derfor videre i oppgaven bruke begrepet gjengjeldelse i tråd med denne sondringen. Det er allikevel ikke til å unngå at gjengjeldelsesbegrepet vekker negative assosiasjoner til hevn hos svært mange. En måte å unngå dette på, kan være å omtale gjengjeldelse som rettferdig gjengjeldelse. Slik understrekes den tette tilknytningen til rettferdighetshensyn, og rettferdighetsprinsippenes betydning som styrende for gjengjeldelsen.

⁸⁴ Ibid

⁸⁵ Kinander (2013) s. 162

⁸⁶ The Philosophy of Law: An Encyclopedia (1999) s. 888, The Oxford companion to philosophy (1995) s. 772, sitert etter Ertzeid (2005) s. 35-36

⁸⁷ Ertzeid (2005) s. 37

⁸⁸ Ibid s. 38-39

4 Er rettferdig gjengjeldelse en del av begrunnelsen for norsk strafferett?

I denne delen av oppgaven vil jeg se nærmere på hvilken rolle rettferdig gjengjeldelse spiller i norsk rett, også når den ikke er eksplisitt uttalt. Blant lovforarbeider og spesielt i rettspraksis vil det til tider kunne utledes forutsetninger og standpunkter til straffens begrunnelser uten at dette blir sagt ettertrykkelig.

4.1.1 Lovtekst

Det forekommer ingen uttrykkelig formålsbestemmelse i straffelovgivningen som angir hva som er straffens formål. Vi finner imidlertid flere bestemmelser i straffeloven som indirekte kan regnes for å legitimere gjengjeldelseshandlinger. Jeg vil nedenfor se nærmere på reglene om provokasjon og berettiget harme, som henholdsvis straffefritakende og straffenedsettende regler i strl., samt forskjeller i straffenivået for ulike forbrytelser.

4.1.1.1 Provokasjon og berettiget harme

Norsk strafferett har lovfestet regler om provokasjon som straffefritak i strl. §§ 127 annet ledd, 228 tredje ledd, 250 og 390. § 228 tredje ledd anvender begrepet gjengjeldelse. Handlingen kan gjøres straffri nettopp fordi den er en gjengjeldelse. Reglene om provokasjon innebærer at retten etter en skjønnsmessig helhetsvurdering kan frita en ellers straffbar legemsfor nærmelse eller ærekrenkelse for straff, fordi denne er et svar på en forutgående krenkelse av samme art. Bestemmelsene i § 228 tredje ledd, 250 og 390 inneholder også regler om straffritak ved retorsjon. Retorsjon regulerer den omvendte situasjon, hvor den som i første omgang angrep kan bli fritatt for straff fordi denne handlingen har blitt gjengjeldt. Retorsjon har det til felles med provokasjon at de tillegger en gjengjeldelse rettslig betydning.⁸⁹ Jeg vil i det følgende avgrense mot retorsjon, da denne bestemmelsen regulerer den forutgående angriperens rettslige stilling som ikke bærer preg av noen gjengjeldelse.

I § 56 b) finner vi regler som gir retten adgang til å sette ned straffen som følge av at handlingen er foretatt i berettiget harme. Bestemmelsen har nær sammenheng med adgangen til å

⁸⁹ Ertzeid (2005) s. 94

frita for straff etter reglene om provokasjon, men etter § 56 b) kan ikke straffen bortfalle, kun nedsettes. Bestemmelsen har heller ingen tilsvarende begrensning for hvilke handlinger som kan gjengjeldes og bli gjengjeldt med.

Regelen om provokasjon er blant annet begrunnet i at handlinger som gjengjelder en provokasjon har et unnskyldelig preg, gjengjelder en lite å bebreide. I Rt. 1983 s. 1268 (Ludderkjennelsen) som gjaldt en innbilt ærekrenkelse gjengjeldt med en legemsfornærmelse, fikk dette hensynet avgjørende vekt. Høyesterett uttalte; ”Jeg ser således det avgjørende i at gjerningsmannens skyld heller ikke ved en subjektivt oppfattet provokasjon er den samme som ellers.” For berettiget harme følger det av forarbeidene at det er særlig to hensyn som begrunner regelen i § 56, selve harmen og den forutgående atferd fra den krenkede som gjør harmen berettiget.⁹⁰

Videre følger det for både provokasjon og berettiget harme et krav til forholdsmessighet. Etter ordlyden i § 228 tredje ledd, kan den gjengjeldende handling ikke være mer alvorlig enn det loven definerer som en legemsfornærmelse. I Rt. 1983 s. 1268 sluttet Høyesterett seg til herredsrettens rettsoppfatning på dette punkt, ”... man skal veie den provoserende og den gjengjeldende handling mot hverandre, når det skal avgjøres om den siste skal lates straffri.” Når det gjelder berettiget harme uttaler Andenæs at jo alvorligere forbrytelsen er, desto større må den forutgående krenkelsen være for at harmen skal kunne anses som berettiget, og viser i den forbindelse til Rt. 1985 s. 437, som gjaldt en kvinnes drap av sin ektemann etter lengre tid med sårende og sarkastiske bemerkninger.⁹¹ Høyesterett sluttet seg her til lagmannsrettens uttalelse om at bemerkningene ikke ga ”grunnlag for å si at hennes harme var berettiget i en slik grad som forutsatt i straffeloven § 56.”

Ordlyden og hensynene bak bestemmelsene viser at reglene om provokasjon og berettiget harme innenfor visse grenser reduserer straffverdigheten av gjengjeldelseshandlinger foretatt av fornærmede. De handlingene hvor straffverdigheten reduseres vil, som i retributivismen, begrenses av kravet til forholdsmessighet. Elementer av rettferdig gjengjeldelse kommer altså til uttrykk i straffeloven. I behandlingen av straffekommisjonens arbeid, uttaler også

⁹⁰ S.K.I 1925 s. 95-96, sitert etter Andenæs (2004) s. 441

⁹¹ Andenæs (2004) s. 442

departementet at lovgivningen her anerkjenner den menneskelige reaksjon om å ville ta igjen, og at bestemmelsene om provokasjon og berettiget harme har forankring i gjengjeldelsesbetraktninger.⁹²

4.1.1.2 Gradering av straff

I norsk strafferett opererer vi med en gradering av straff ut i fra forbrytelsens grovhet. Forsettlig drap straffes hardere enn uaktsomt drap, og tyveri straffes hardere enn trafikkkforseelser. Det er den moralske graderingen av forbrytelsen som er bestemmende for graderingen av straffen. Ut i fra et prevensjonsperspektiv skulle denne graderingen vist seg gjennom hvilke forbrytelser man kan forvente en reduksjon av ved bruk av straff som avskrekking. I sin kritikk av straffens begrunnelser påstår Morten Kinander at årsaken til at uaktsomme drap straffes mildere, ikke henger sammen med at disse drapene vanskeligere kan motvirkes gjennom avskrekking, men fordi vi anser gjerningsmannen å være skyldig i en mindre grov handling, og at det derfor er mindre grunn til å gjengjelde like hardt.⁹³ Det er med andre ord forholdsmessighetsbetraktninger (av forbrytelsens grovhet) som får betydning ved differensiering av straffennivået for de ulike forbrytelser.

4.1.2 Forarbeider

I forarbeidene til kriminalloven av 1842 spilte de relative strafferettsteoriene og hensynet til prevensjon en sentral rolle. Under forberedelsen av straffeloven av 1902 utgjorde ikke straffens formål noe sentralt diskusjonstema, og spørsmål knyttet til allmennprevensjonens stilling i norsk rett ble heller ikke nærmere drøftet.⁹⁴ Ragnar Hauge, skriver i NOU 2002:4 Ny straffelov, at formålet etter straffeloven av 1902 først og fremst var å motvirke ytterligere flere lovbrudd fra lovbrysterens side, altså individualprevensjon.⁹⁵

4.1.2.1 Kriminalmeldingen av 1978

I Kriminalmeldingen av 1978 ble straffens begrunnelser gjenstand for en større diskusjon. I meldingen ble både individualprevensjon og allmennprevensjon kritisert og delvis avvist som

⁹² Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 80

⁹³ Kinander (2013) s. 186

⁹⁴ Jacobsen (2004) s. 39 og Eskeland (2006) s. 47

⁹⁵ NOU 2002:4 s. 41

selvstendige begrunnelser for straff som følge av deres manglende empiriske grunnlag.⁹⁶ Rettferdighetsteorier ble fremhevet som sentralt for begrunnelse av straff, og departementet uttalte at:

”Kravet til rettferdighet utgjør også en selvstendig begrunnelse for straff og for fastsettelse av straffens størrelse. Den oppfatning at visse normbrudd skal møtes med en forholdsmessig motreaksjon er i seg selv en sosial realitet og alminnelig akseptert. Som sosial realitet utgjør kravet til rettferdighet et sikrere grunnlag for straff enn teorier som bygger på at straffen er et middel for å oppnå andre mål.”⁹⁷

Jeg leser departementets uttalelse som en forklaring på hvordan de forstår kravet til rettferdighet. Det er forholdsmessighet mellom forbrytelse og straff som avgjør om straffen oppfyller kravet til rettferdighet. En slik forståelse er i tråd med Eckhoffs bruk av prinsippet om likevektsrettferdighet, at ondt kan gjengjeldes med ondt til likevekt og dermed rettferdighet, er oppnådd.⁹⁸ Departementet tar ikke i bruk begrepet gjengjeldelse, det nøyer seg med utsagnet ”visse normbrudd skal møtes med en forholdsmessig motreaksjon”. At ordvalget får samme meningsinnhold som om de hadde benyttet seg av begrepet gjengjeldelse er etter min oppfatning klart. Ertzeid påstår i sin utredning at departementet like gjerne kunne ha erstattet begynnelsen av sitatet med at gjengjeldelse utgjør også en selvstendig begrunnelse for straff og for fastsettelse av straffens størrelse.⁹⁹ Jeg slutter meg langt på vei til Ertzeids påstand, men ville heller valgt å benytte begrepet rettferdig gjengjeldelse for å tydeligere få frem henvisningen til rettferdighetsperspektivet.

Et av tiltakene Justisdepartementet foreslo i kriminalmeldingen, var å foreta en fullstendig revisjon av straffelovgivningen. Til å gjennomføre dette arbeidet ble Straffelovkommisjonen oppnevnt i 1980.

⁹⁶ Ertzeid (2004) s. 60

⁹⁷ St. meld. nr. 104 (1977-78) s. 31

⁹⁸ Eckhoff (1971) s. 185-186

⁹⁹ Ertzeid (2005) s. 61

4.1.2.2 Straffelovkommisjonen

I Straffelovkommisjonens første delutredning, NOU 1983:57 reises problemstillingen ”Straff som gjengjeldelse?”¹⁰⁰ Kommisjonen åpner avsnittet med å konstatere at straff er ment som et middel for å styre menneskenes atferd. Det vises imidlertid til at kravet om rettferdig gjengjeldelse utvilsomt er en sosial realitet, gjennom folkets behov for å se at forbrytelser blir straffet. Når kommisjonen derfor åpner opp for at gjengjeldelse er nødvendig, gjøres dette ut fra praktiske hensyn. Gjengjeldelse ivaretar folkets behov for å se at urett straffes, og bidrar dermed til å opprettholde den sosiale fred og hindre privat rettshåndhevelse.¹⁰¹ Denne tilnærmingen oppfatter jeg som en kamuflering av gjengjeldelseselementet i et nytteperspektiv. Gjengjeldelsens betydning begrunnes i folkets behov, og det skapes dermed en distanse mellom den formelle teoretiske begrunnelsen og folkets oppfatning.¹⁰² Dr. philos Espen Schaanning omtaler denne praksisen som ”uredelig og ansvarsfraskrivende”.¹⁰³ Han skriver videre at gjengjeldelsesaspektet ikke blir borte selv om man plasserer dette behovet hos folket, for deretter å hevde at det er statens oppgave å forvalte og gjennomføre dette. At statens forvaltning av folkets behov beskrives som et nytteformål, endrer ikke det faktum at det er behovet for gjengjeldelse som dypest sett ligger til grunn.¹⁰⁴

Drøyt 20 år senere viser også kommisjonen i delutredning VII til prevensjon som straffens formål når de igjen skal redegjøre for straffens begrunnelse.¹⁰⁵ Kommisjonen slutter seg til daværende stud.jur Runar Torgersens utredning om straffens begrunnelse inntatt i utredningen. Torgersen siterer imidlertid uttalelsen i Kriminalmeldingen fra 1978 som er gjengitt over, og skriver at ”Om prevensjonstanken er den dominerende begrunnelse for straff i dagens Norge, er den allikevel ikke enerådende”.¹⁰⁶ Han viser i likhet med kommisjonen i delutredning I til den mentalhygieniske virkning det har på befolkningen å se at forbrytelser blir straffet, og at gjengjeldelseshensynet på denne måten kan bidra til respekt for loven og holde selvtektstnivået nede. Tilsvarende som i delutredning I kamufleres gjengjeldelsesbetraktninger

¹⁰⁰ NOU 1983:57 s. 50

¹⁰¹ Ibid

¹⁰² Ertzeid (2005) s.63

¹⁰³ Schaanning (2009) s.24

¹⁰⁴ Ibid s. 25

¹⁰⁵ NOU 2002:4 s. 113

¹⁰⁶ NOU 2002:4 s. 113

inn i nyttehensyn, noe også følgende uttalelse taler for: ”I et slikt perspektiv omformes gjengjeldelsesbetraktninger til nyttebetraktninger”.¹⁰⁷

Odelstingsproposisjonen

Justisdepartementets tilråding på bakgrunn av blant annet straffelovkommisjonens delutredning I og VII finner vi i Ot.prp. nr 90 (2003-2004). Overskriften til proposisjonens punkt 6.2 lyder ”Gjengjeldelse kan ikke være straffens formål”, og gir dermed tydelig uttrykk for hva som er proposisjonens utgangspunkt. Departementet legger til grunn at straffens formål er å styre fremtidig atferd, og at begrunnelsen for straff således er prevensjon.¹⁰⁸ Også her åpnes det imidlertid opp for at gjengjeldelsesbetraktninger har betydning, men i likhet med tidligere er det også her omformet til den mentalhygieniske virkning det har at lovbrudd blir gjengjeldt.

Justiskomiteen

Justisdepartementets proposisjon ble behandlet av Stortingets justiskomite som deretter anbefalte Stortinget å treffe vedtak om lov i Innst. O nr. 72 (2004-2005). Justiskomiteen slutter seg til straffelovkommisjonens og departementets uttalelser om at prevensjonsformålet er dobbelt, at det omfatter forebygging av fremtidig atferd og forebygging av sosial uro gjennom at samfunnet ser at forbrytelser straffes.¹⁰⁹ Når det gjelder formålet om å opprettholde den sosiale fred, kommer komiteen med følgende enstemmige uttalelse:

”Kriminalpolitikken skal etter komiteens oppfatning ikke kamuflere, men gi moderne tilsvar på samfunnets behov for å bevare den sosiale ro. Den utmålte straff må oppleves som rettferdig sett i forhold til det lovbrudd som er begått. Komiteen vil påpeke at den utmålte straff skal stå i forhold til den kriminelle handling.”¹¹⁰

Når det gjelder den første setningen er det nærliggende å stille spørsmål ved hva som er komiteens hensikt med en slik presisering. Det kan virke som at komiteen henviser til hva jeg oppfatter som en kamuflering av gjengjeldelsesperspektivet i begrunnelsen av straff. Videre

¹⁰⁷ Ibid s. 114

¹⁰⁸ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 77

¹⁰⁹ Innst. O nr. 72 (2004-2005) s. 15

¹¹⁰ Innst. O nr. 72 (2004-2005) s. 15

fastslår den at det skal gjelde et krav om forholdsmessighet, og utdyper dette med at straffen må oppleves som rettferdig. At de viser til opplevelsen av rettferdighet, taler etter min mening for at de sikter til en subjektiv opplevelse for fornærmede, siktede og samfunnet for øvrig.

I neste avsnitt uttaler komiteen seg om hevn, også her enstemmig: ”Uten et forebyggende og fremtidsrettet perspektiv blir politikken hevngjerrig. Kriminalpolitikk er mer enn straff. Og straff er mer enn hevn.”¹¹¹ Til forskjell fra Straffelovkommisjonen og Justisdepartementet benytter komiteen seg av begrepet hevn, og tar ikke i bruk begrepet gjengjeldelse. Begrepet rettferdig gjengjeldelse slik som jeg har valgt å benytte meg av det i oppgaven, harmonerer bedre med kravet til rettferdighet i det forrige siterte avsnitt. Når komiteen benytter begrepet hevngjerrig er det i negativ forstand, og den markerer sin avstand til hevn. Allikevel kan det hevdes at den siste setningen om at straff er mer enn hevn, taler for at hevn er en bestanddel i straffen, om enn ikke hele.

Justiskomiteens uttalelser som rettskilde

Når det gjelder den rettskildemssige vekten av disse uttalelsene viser jeg til Eckhoffs ”Rettskildelære”, hvor det fremgår at vekten til uttalelser i Stortingskomiteer avhenger av hvilket spørsmål som vurderes.¹¹² Arbeidet bak uttalelsene i proposisjoner og sakkyndige innstillinger som regel mer omfattende og inngående enn i Stortingskomiteenes innstillinger, og medlemmene har ofte bedre faglige forutsetninger for å uttale seg. Dreier det seg om forståelsen av tekniske juridiske regler og faglige spesialiteter, tillegges derfor gjerne Stortingskomiteens innstilling mindre vekt enn de uttalelsene som forekommer i proposisjoner og sakkyndige innstillinger. Eckhoff skriver imidlertid at når det gjelder spørsmål om hvordan bredere samfunnsinteresser skal prioriteres, må man legge størst vekt på Stortingets oppfatning.¹¹³ Fordeling av ressurser og velferdsgoder er således et tema hvor man naturlig vil legge stor vekt på Stortingets oppfatning. Også når det gjelder verdimeslige og moralske spørsmål vil det være naturlig å legge større vekt på Stortingskomiteens innstilling enn på proposisjoner og sakkyndige innstillinger. Stortingsrepresentantene er demokratisk valgt for å representere folket, og skal således gi uttrykk for den allmenne rettsfølelse. Andenæs uttaler svært treffende om

¹¹¹ Ibid

¹¹² Eckhoff (2001) s.74

¹¹³ Ibid

dette; ”Straffelov og rettshåndhevelse kan i et demokratisk samfunn ikke bygge på omstridte filosofiske teorier som går over hodet på menigmann, men må være i kontakt med den menneskeoppfatning og de moralske forestillinger som har overveiende tilslutning i samfunnet.”¹¹⁴

Uttalelsene i Stortingskomiteen står ikke i noen direkte motstrid til de øvrige uttalelsene i proposisjonen og Straffelovkommisjonens utredning. De uttalelsene jeg viser til, kan gjerne sies å utdype komiteens forståelse av hva som tidligere er sagt. Det er imidlertid mitt inntrykk at man gjennom disse uttalelsene ser en legitimering av kravet til rettferdig gjengjeldelse, om enn ikke fullt ut bevisst fra komiteens side.

Komiteens mindretall, bestående av medlemmer fra Fremskrittspartiet, uttaler avslutningsvis at man ikke er ærlig dersom man ikke erkjenner at straff i noen grad er basert på en form for hevnmotiv, selv om dette ikke bør være det mest fremtredende ved straffen.¹¹⁵ Det er verdt å merke seg at den rettskildemssige vekten av denne uttalelsen er lavere enn for komiteens øvrige enstemmige merknader, og den kan dermed ikke alene tas til inntekt for at hevn eller gjengjeldelse er legitimt i begrunnelsen for straff. Tilsvarende uttalelser finner vi heller ikke i Straffelovkommisjonen eller odelstingsproposisjonen.

Oppsummert ser vi at prevensjon er den dominerende begrunnelsen for straff i forarbeidene, men også at gjengjeldelse spiller en tydelig rolle.

4.1.3 Rettspraksis

I den følgende fremstillingen vil jeg redegjøre for Paul Leer-Salvesen og Aina Ertzeid funn i deres analyser av straffesaker for Høyesterett, som blant annet omhandler begrunnelse for straff, på henholdsvis 1980-tallet og i 2003.¹¹⁶ Jeg vil også kort gjøre rede for dommen i tingretten etter 22. juli, en straffesak hvor våre betraktninger rundt straffens begrunnelse ble satt på prøve.

¹¹⁴ Andenæs (1996) s. 28

¹¹⁵ Innst. O nr. 72 (2004-2005) s. 15

¹¹⁶ Leer-Salvesen (1991) og Ertzeid (2005)

Leer-Salvesen gikk i forbindelse med sin doktoravhandling gjennom Høyesteretts dommer og kjennelser i alle saker som gjaldt forsettlig drap i årene 1980-89, for å finne ut hvordan Høyesterett begrunnet straff, samt hvilke overveielser dommerne gjorde seg om forholdet mellom gjerningsmannens person og handlemåte.¹¹⁷ Ertzeids analyse av 19 alvorlige draps- og sedelighetssaker for Høyesterett i 2003, hadde som formål å undersøke om hevnelementet kom til uttrykk gjennom Høyesteretts argumentasjon og begrunnelse for straff, eksplisitt og implisitt.¹¹⁸ Ertzeid anser det ikke som hensiktsmessig å sondre mellom hevnbegrepet og gjengjeldelsesbegrepet, og hennes forståelse av hevnbegrepet ligger tett opp til hvordan jeg forstår gjengjeldelsesbegrepet.¹¹⁹ I den grad funnene til Ertzeid viser at hevnelementet er tilstede i Høyesteretts argumentasjon legger jeg til grunn at det da også omfatter gjengjeldelse slik jeg forstår det i denne oppgaven.¹²⁰

4.1.3.1 Allmennprevensjon

I 12 av de 58 dommene som ble analysert av Leer-Salvesen, og i 2 av de 19 Ertzeid analyserte, nevnte Høyesterett uttrykkelig allmennprevensjon som begrunnelse for straff.¹²¹ Hvilken vekt allmennpreventive hensyn ble tillagt varierte, og i analysen av Rt. 1980 s. 927 uttaler Leer-Salvesen at ”allmennprevensjonen blir nevnt uten stor argumentatorisk kraft, og uten at det gjør noe fra eller til for straffens lengde”.¹²² Tatt i betraktning den sentrale rolle allmennprevensjonen har som begrunnelse for straff, er denne andelen beskjeden. En forklaringsmodell kan være at en stor del av de sakene som er analysert, gjelder forbrytelser hvor straffe-trussel tradisjonelt har hatt liten betydning som atferdskorrigerende middel.¹²³ En annen sak er at Høyesterett ikke er forpliktet til å redegjøre for hvilke rettsfilosofiske hensyn de legger vekt på under straffeutmålingen. At allmennpreventive hensyn kan ha spilt en rolle uten at dette har blitt nevnt uttrykkelig, kan dermed ikke utelukkes.

¹¹⁷ Leer-Salvesen (1991) s. 164

¹¹⁸ Ertzeid (2005) s. 64

¹¹⁹ Ibid s. 37-39

¹²⁰ Se nærmere i punkt 3.1.3.4

¹²¹ Leer-Salvesen (1991) s. 169, Ertzeid (2005) s. 74

¹²² Leer-Salvesen (1991) s. 171

¹²³ Andenæs (2004) s. 89

4.1.3.2 Rettferdig gjengjeldelse

Leer-Salvesen trekker frem flere brutale drapssaker, hvor han mener at Høyesteretts argumentasjon viser at straffen er begrunnet i rettferdig gjengjeldelse.¹²⁴ Høyesterett viser til handlingenes grufullhet og gjerningsmannens personlighet som begrunnelse for den strenge straffen. Også Ertzeid finner at Høyesterett legger vekt på handlingens karakter og alvorlighetsgrad som straffskjerpene. Voldsbruken, brutaliteten og en vurdering av opplevelsen for fornærmede blir tatt i betraktning for å ta stilling til sakens alvorlighetsgrad.¹²⁵ Leer-Salvesen mener at rettferdig gjengjeldelse ikke bare viser seg i ”den avdempete, fornuftsbaserte form [...], men i den mer irrasjonelle, kanskje også moralske form der man drives av følelsen: Dette *må* straffes, fordi det er så forferdelig.”¹²⁶ Tilsvarende viser Ertzeid til uttalelser fra Høyesterett som hun mener gir uttrykk for en moralsk fordømmelse av handlingen, og som ligger fjernt fra de rasjonelle og nytteorienterte begrunnelser for straff.¹²⁷ I dommene analysert av Leer-Salvesen, ser vi også elementer av individualprevensjon som begrunnelse, i form av inkapasitering. Leer-Salvesen trekker imidlertid dette videre, og mener at dette også har som formål å tegne et bilde av et menneske som fortjener den strenge straffen, et bilde av hva han omtaler som et u-menneske.¹²⁸

Ertzeids og Leer-Salvesens utvalg av dommer viser tydelig at forholdsmessighetsbetraktninger spiller en stor rolle i Høyesteretts begrunnelser. Straffen skal svare til forbrytelsens grovhet.¹²⁹ Gradering av sakens alvor og brutalitet med utgangspunkt i fornærmedes skade, og gradering av tiltaltes skyld med utgangspunkt i tiltaltes atferd og livssituasjon trekkes frem for å begrunne en skjerpelse av straff. Dette er i tråd med Eckhoffs prinsipp for likevektsrettferdighet. Eckhoff viser til hvordan vårt samfunns høye verdsetting av liv og helse har betydning når det skal tilstrebes likeverd mellom krenkelsen og den straffen som utmåles.¹³⁰ I Rt. 1994 s. 1552 ble rettferdighetsbetraktninger uttrykkelig tillagt vekt ved straffeutmålingen. Førstvoterende Coward uttalte her at ”Ut fra rettferdstanker – tanker om forholdsmessighet mellom

¹²⁴ Leer-Salvesen (1991) s. 179 og s. 191

¹²⁵ Ertzeid (2005) s. 67

¹²⁶ Leer-Salvesen (1991) s. 179

¹²⁷ Ertzeid (2005) s. 67

¹²⁸ Leer-Salvesen (1991) s. 179

¹²⁹ Ertzeid (2005) s. 68

¹³⁰ Eckhoff (1971) s. 188-189

skadevirkninger og straff for ulike lovbruddstyper – mener jeg det kan være grunn til å høyne straffenivået for noen typer av voldtektssaker.”

Leer-Salvesen mener at Høyesterett anvender en gjengjeldelsesmodell som tilpasses saken individuelt. ”Graden av gjengjeldelse blir bestemt av forbrytelsens grufullhet og av gjerningsmannens karakter. Når man skal fastsette proporsjonaliteten, spiller sympati og antipati og mulig forståelse for både person og gjerning en betydelig rolle.”¹³¹ Dette er i tråd med hvordan teorien om rettferdig gjengjeldelse legger avgjørende vekt på forholdsmessighetsbetraktninger for å komme frem til hva tiltalte fortjener. Høyesterett begrunner ikke i noen av sakene hvorfor forholdsmessighetsbetraktninger tillegges betydning ved straffeutmålingen, og benytter seg ikke av begreper som gjengjeldelse eller rettferdighet.¹³² Forholdsmessighetsbetraktninger er imidlertid en naturlig del av teorien om rettferdig gjengjeldelse, og jeg slutter meg derfor til Leer-Salvesen og Ertzeids konklusjoner om at hensynet til rettferdig gjengjeldelse finnes i Høyesteretts begrunnelse av straffeutmåling.¹³³

4.1.3.3 Dommen etter 22. juli

Dr. juris og tidligere leder i Advokatforeningen, Anders Ryssdal, skrev i forkant av rettsaken etter 22. juli at vårt rettssystem nå vil settes på prøve, og trakk i den forbindelse paralleller til rettssaken mot Vidkun Quisling i 1945.¹³⁴ Dommen etter 22. juli ble avsagt i tingretten, og har dermed i utgangspunktet begrenset rettskildemessig vekt.¹³⁵ Det skal allikevel nevnes at det på forhånd var klart for dommerne at denne dommen ville bli hyppig lest, referert til og analysert i fremtiden, og at dommens omfang og grundighet sammenlignet med andre tingrettsdommer er vesentlig større. Dommen vil også i større utstrekning enn hva som ellers er vanlig bli studert og vekke interesse hos befolkningen for øvrig. Mats Henry Andenæs er i likhet med Eckhoff enig i at tingrettsdommer har liten selvstendig rettskildeværdi for overordnede eller sideordnede domstoler, men påpeker at enkelte avgjørelser kan ha betydelig

¹³¹ Leer-Salvesen (1991) s. 192

¹³² Ertzeid (2005) s. 76

¹³³ Ertzeid (2005) s. 89 og Leer-Salvesen (1991) s. 192

¹³⁴ Ryssdal (2011) s. 573

¹³⁵ Eckhoff (2001) s. 162

argumentasjonsverdi.¹³⁶ Når det gjaldt spørsmålet om beviskravet for tilregnelighet gikk dommeren i et obiter dictum inn på formålet med straff:

”Også i forhold til samfunnet og til de som er direkte berørt av et lovbrudd, tilsier hensynet til en rettferdig gjengjeldelse at lovbrytere med reell skyld devne straffes. I forarbeidene til den nye straffeloven av 2005 står det riktignok at gjengjeldelse ikke kan være straffens formål, jf. Ot.prp.nr.90 (2003-2004) side 77. Retten mener likevel at de subjektive vilkårene for straff, som knytter ansvar til skyld og skyld devne, viser at strafferetten ikke utelukkende bygger på nyttehensyn som prevensjon og renovasjon. Lovgivers utgangspunkt om at «alle skal kunne stilles til ansvar for sine handlinger», jf. Innst.O.nr.34 (1996-1997) pkt. 5.4, synes å bygge på en bredere tilnærming til straffens formål.”¹³⁷

Uttalelsen er verdt å merke seg selv om den ikke var nødvendig for å begrunne domsresultatet. Retten sier uttrykkelig at elementer i strafferetten viser at rettferdig gjengjeldelse er et av formålene med straff, selv om den offisielle utlegningen av straffens formål sier det motsatte.

4.1.4 Juridisk teori

I følge Jacobsen har ikke strafferettsfilosofiske problemstillinger spilt noen sentral rolle i norsk rettsvitenskap, og strafferettsteorier har heller ikke i særlig grad blitt debattert innenfor faget.¹³⁸ De fleste strafferettslige fremstillinger er av en pragmatisk karakter, og inneholder i liten grad noen refleksjon rundt begrunnelsen for straff. I den grad rettsteori utenfor de rent rettsdogmatiske fremstillingene behandler problemstillingen, vil jeg derfor også vise til dette. Drøftelsen omhandler rollen til rettferdig gjengjeldelse i dag, og det er dermed naturlig å ta utgangspunkt i litteratur fra etterkrigstiden. I tiden etter andre verdenskrig er det neppe noen strafferettsteoretiker som har hatt en sterkere posisjon enn Johs. Andenæs.¹³⁹ Hans verk har blitt karakterisert som ensbetydende med den ”alminnelige juristoppfatning” om straff i

¹³⁶ Andenæs (1997) s. 44-45

¹³⁷ RG 2012 s. 1153

¹³⁸ Jacobsen (2004) s. 63

¹³⁹ Ibid s. 42

Norge, og i fremstillingen av den dogmatiske strafferettsteorien vil jeg derfor i stor grad vise til Andenæs.¹⁴⁰

4.1.4.1 Strafferettsteori

4.1.4.1.1 Andenæs

I sitt sentrale strafferettslige verk, ”Alminnelig strafferett”, uttaler Andenæs at det er de allmennpreventive hensynene som dominerer i strafferettsteorien og den praktiske kriminalpolitikken.¹⁴¹ I boken ”Straffen som problem”, åpner han imidlertid også opp for at prevensjonshensynet må suppleres med hensynet til humanitet og rettferdighet.¹⁴² Andenæs poengterer at dette kun får betydning som en begrensende faktor ved straffeutmålingen, og ikke som begrunnelse for straffen i seg selv. Straffen for overtredelsen må sammenlignes med straff for andre typer lovovertridelser, og kan deretter både skjerpes og reduseres. Straffenivået skal avspeile verdien på det rettsgodet som er krenket.¹⁴³ Også kravet om skyld som vilkår for å straffe, og hvordan skyldgraden påvirker straffenivået, er etter Andenæs oppfatning begrunnet med rettferdighetshensyn.¹⁴⁴ Proporsjonalitet får dermed betydning, men kun som en begrensende faktor for prevensjonshensynet. Selv om det kunne vært nyttig for samfunnet å holde en rekke forbrytere fengslet over lengre tid, setter kravet til forholdsmessighet og rettferdighet skranker for den betydningen slike nyttebetraktninger får ved utmålingen av straff.

I ”Alminnelig strafferett” uttaler Andenæs seg om den psykologiske sammenhengen mellom forbrytelse og krav om straff:

”For den alminnelige rettsbevissthet blant folk flest spiller gjengjeldelse- og soningsforestillinger fremdeles en betydelig rolle. Når disse forestillingene er så seiglivet, henger det antagelig sammen med at de stemmer så godt med den trang til å gjengjelde ondt med ondt som de færreste mennesker kan fri seg fra.”¹⁴⁵

¹⁴⁰ Sundby (1976) s. 51, sitert etter Jacobsen (2004) s. 42

¹⁴¹ Andenæs (2004) s. 68

¹⁴² Andenæs (1996) s. 15

¹⁴³ Ibid s. 16

¹⁴⁴ Ibid s. 88

¹⁴⁵ Andenæs (2004) s. 80

Denne uttalelsen er interessant sett i sammenheng med hva Andenæs i boken ”Straffen som problem” omtaler som ”en nokså resignert erkjennelse”. I en utlegning av spørsmålet om det er skyld eller skjebne som styrer menneskets atferd skriver Andenæs at:

”...straffelov og rettshåndhevelse kan i et demokratisk samfunn ikke bygge på omstridte filosofiske teorier som går over hodet på menigmann, men må være i kontakt med den menneskeoppfatning og de moralske forestillinger som har overveiende tilslutning i samfunnet. Det ser ut til å være en grunnlov for menneskelig samliv at det normale og voksne menneske blir holdt både moralsk og rettslig ansvarlig for sine handlinger”.¹⁴⁶

Den første uttalelsen kan forstås som at Andenæs opererer med et skille mellom rettsanvenderne og samfunnet for øvrig. Rettsanvenderne plikter å holde hodet kaldt, og ikke la trangen til å gjengjelde få utløp. Som Andenæs selv sier; ”når følelsene går høyt, hender det at vanlige prinsipper blir glemt”.¹⁴⁷ Andenæs tok til orde for en vitenskapelig allmennprevensjon, som var autoritativ mot den folkelige fornuft.¹⁴⁸ Å vedkjenne seg eksistensen av den alminnelige rettsfølelse er ifølge Andenæs noe helt annet enn å tillegge den selvstendig normativ kraft. Han mente at denne rettsbevisstheten ofte inneholdt manglende innsikt, og at lovgivningen og rettspleiens oppgave var å ”lede den alminnelige rettsbevissthet fremover, ikke kapitulere overfor den.”¹⁴⁹

En annen mulighet kan være at Andenæs åpner opp for at gjengjeldelsesbetraktningenes rolle i straffeprosessen er legitim. Han viser til sin tiltredelsesforelesning som professor i 1946, hvor han inntok et standpunkt mot holdningen ”straff for straffens egen skyld”. Femti år senere skriver han at hans standpunkter nå er mindre kategoriske, og at hans arbeid har ført til en større forståelse for hvor komplisert og vanskelig problematikken er.¹⁵⁰ Denne tolkingen støttes av den resignerte erkjennelsen, som henviser til den allmenne rettsfølelsen, og dens betydning for samfunnets tillit til rettsvesenet.

¹⁴⁶ Andenæs (1996) s. 28

¹⁴⁷ Ibid s. 16

¹⁴⁸ Andenæs (1990) s. 42, sitert etter Flaatten (2014) s. 31

¹⁴⁹ Andenæs (1949) s. 45-46, sitert etter Flaatten (2014) s. 31

¹⁵⁰ Andenæs (1996) s. 13-14

Disse uttalelsene er imidlertid vanskelig å forstå tatt i betraktning Andenæs avvisning av andre legitime begrunnelser for straff enn nyttevirksomheter.¹⁵¹ En mulig tolkning av Andenæs sin resignerte erkjennelse er at han fortsatt viser til rettferdighetsbetraktninger som begrensende faktor, og ikke som begrunnelse for straff som sådan. Det viktige er at straffen ”føles rettferdig – eller i det minste ikke urettferdig”.¹⁵² Det kan også være at Andenæs i likhet med uttalelser i forarbeidene kamuflerer gjengjeldelsesbetraktninger inn i allmennpreventive hensyn, ved å omtale dette som forebygging av sosial uro. Uttalelser om straffens mentalhygieniske funksjon, og den offentlige straffeforfølgningens positive betydning for den sosiale fred kan tyde på dette.¹⁵³

4.1.4.1.2 Andre strafferettsteoretikere

I alle de undersøkte fremstillingene av strafferetten vises det til prevensjonshensynet som den offisielle begrunnelsen for straff.¹⁵⁴ Bortsett fra hos Eskeland er det vanskelig å se om fremstillingene tar sikte på å gi en deskriptiv fremstilling av straffens formål, eller om fremstillingen også gir uttrykk for forfatterens eget syn. Eskeland skriver at han ikke umiddelbart vil slutte seg til den offisielle begrunnelsen, og mener at bildet er sammensatt. Han viser til retributivismens sterke innslag i straffeprosessen, og i den forbindelse særlig forholdsmessighetsprinsippets betydning for straffeutmålingen.¹⁵⁵ Også de andre fremstillingene henviser til gjengjeldelse eller rettferdighetsbetraktningers betydning.¹⁵⁶ Slettan og Øie nøyer seg med en henvisning til Kriminalmeldingens avsnitt om kravet til rettferdighet som en selvstendig begrunnelse for straff, og skriver at for mange har straffen også en gjengjeldende funksjon.¹⁵⁷ Hvem de sikter til fremgår ikke av teksten. Bratholm mener at gjengjeldelsesbetraktninger spiller en faktisk betydning i rettspleien, men at disse formål ikke offisielt er godtatt av rettsordenen”.¹⁵⁸ I likhet med forarbeidene viser Bratholm også til gjengjeldelse som forebygging av sosial uro, men uttaler mer eksplisitt at det da er gjengjeldelseshensynet som gis en

¹⁵¹ Ibid s. 15

¹⁵² Ibid

¹⁵³ Ibid s. 19

¹⁵⁴ Slettan/Øie (1997) s. 18, Bratholm (1980) s. 116 og 131, Eskeland (2006) s. 527, Mæland (2012) s. 40

¹⁵⁵ Eskeland (2006) s. 48

¹⁵⁶ Slettan/Øie (1997) s. 19, Bratholm (1980) s. 131, Mæland (2012) s. 40

¹⁵⁷ Slettan/Øie (1997) s. 19

¹⁵⁸ Bratholm (1980) s. 131

rasjonell begrunnelse i folkets behov for å se at alvorlige forbrytelser blir gjengjeldt. ”Gjengjeldelsen ble et middel til å realisere det nytteformål å hindre gatejustis.”¹⁵⁹ Henry John Mæland viser en annen tilnærming til spørsmålet, ved å sonde mellom straffens formål og straffens moralske berettigelse. Straffens formål er i følge Mæland først og fremst prevensjon og atferdsdireksjon, mens den moralske begrunnelsen for å straffe er lovbryterens skyld og rettferdighetshensyn.¹⁶⁰

4.1.4.2 Andre rettsteoretikere

Leer-Salvesen oppsummerer gjennomgangen av sin rettsfilosofiske doktoravhandling om skyld og straff med hva han omtaler som 10 teser om straffens etikk. Det er først og fremst nødvendig at ”Straffen må få sitt innhold ut fra det faktum at et menneske har gjort seg skyldig i en handling som krever et oppgjør.”¹⁶¹ Han mener at den strafferettslige skyldlære nødvendiggjør et fortidsperspektiv i diskusjonen om straffens begrunnelse. Nyttevirkningene følger av nødvendigheten, da det nødvendige oppgjøret tjener til det gode både for individ og samfunn i fremtiden.¹⁶² Når det gjelder proporsjonalitet mener Leer-Salvesen at straffen skal forstås som et oppgjør, og ikke som en repressiv pinepåførsel. Dette er viktig for å hindre en brutal og grusom gjengjeldelse som straff.¹⁶³ Uttalelsene om proporsjonalitet samsvarer med den moderne retributivismens lære om at det er likeverd mellom forbrytelse og straff som søkes, ikke likevekt.

Om allmennprevensjon og individualprevensjon sier Leer-Salvesen at disse kun er mulige, nyttige bivirkninger av straffen.¹⁶⁴ Allmennprevensjon som formål gjør den straffedømte til et middel for å oppnå andre formål, noe Leer-Salvesen avviser som etisk betenkelig. Individualprevensjons positive utforming innebærer en viktig tro på menneskets evne til å forandre seg, noe Leer-Salvesen i utgangspunktet slutter seg til. Behandlingsoptimismens fall viser imidlertid at individualpreventive hensyn i stor grad bygger på falske premisser. Den negative

¹⁵⁹ Ibid s. 131-132

¹⁶⁰ Mæland (2012) s. 40

¹⁶¹ Leer-Salvesen (1991) s. 413

¹⁶² Ibid

¹⁶³ Leer-Salvesen (1991) s. 415

¹⁶⁴ Ibid s. 416-417

utformingen av individualprevensjon, ser i følge Leer-Salvesen forbryteren som et farlig menneske som samfunnet må verne seg mot. Et slikt menneskesyn innebærer i følge Leer-Salvesen en rekke utfordringer for straffens etikk.¹⁶⁵

Det er menneskesynet som står sentralt i Leer-Salvesens verk. Tanken om mennesket som et ansvarlig og fritt individ, med evne til å gjøre opp for seg og til å nyttiggjøre seg det oppgjøret straffen tilbyr, er i tråd med de sentrale elementene i teorien om rettferdig gjengjeldelse. Leer-Salvesens menneskesyn viser seg også i hans avvisning av allmennprevensjon som begrunnelse for straff. Straffen er forbryterens oppgjør med sin egen skyld, ikke et middel for å avskrekke andre.

I ”den tilsiktede smerten”, tar Espen Schaanning et oppgjør med hva han oppfatter som statens motvilje mot å tematisere straff som et tilsiktet onde. Han stiller spørsmål ved hvorfor ikke man åpent kan innrømme, og akseptere at hevn eller gjengjeldelse spiller en grunnleggende rolle som begrunnelse for straff. ”Fordelen ved en slik innrømmelse ville ikke bare være at man får en mer redelig strafferett, man ville også kunne få løftet fram og problematisert den tilsiktede smerten. Vi ville få belyst bedre hva vi faktisk holder på med, i stedet for å dekke det til med omskrivninger som den ”allmenne rettsfølelse” og de ”mentalhygieniske virkninger”.”¹⁶⁶

Jørn Jacobsen er en av vår tids mest kjente kritikere av allmennprevensjonen. En av hans innvendinger mot allmennprevensjon som begrunnelse for straff, er at begrunnelsen ikke tar utgangspunkt i straffen, men i avskrekkingen av andre.¹⁶⁷ Også Jacobsen viser til menneskets gjengjeldelsesbehov, men mener at det ligger utenfor strafferettens oppgave å håndtere slike følelser. Dersom staten begrunner straffen i gjengjeldelse, risikerer den å legitimere et gjengjeldelsesbehov som vil kunne fungere som en katalysator for slike følelser. Strafferettens oppgave må ifølge Jacobsen snarere forstås som en form for læring i å håndtere disse følelsene.¹⁶⁸ Jacobsen argumenterer i stedet for hva han omtaler som en kommunikativ straffeteori,

¹⁶⁵ Ibid

¹⁶⁶ Schaanning (2009) s. 26-27

¹⁶⁷ Jacobsen (2004) s. 30

¹⁶⁸ Jacobsen (2009) s. 526-527

som imidlertid har mange likhetstrekk med rettferdig gjengjeldelse. Den kommunikative handling som staten foretar seg gjennom straff, er for Jacobsen et verdiutsagn rettet mot lov-
bryteren som gir uttrykk for at samfunnet respekterer de verdier som har blitt krenket, og som plasserer det moralske ansvaret for krenkelsen hos lovbyteren.¹⁶⁹

Aina Ertzeid konkluderer i sin avhandling med at hennes forståelse av hevn finnes som en integrert og akseptert del av straffens begrunnelser i de sentrale og autoritative rettskildene.¹⁷⁰ Videre fant hun at når hevnen fordømmes gjøres dette gjerne tydelig og markert, mens når hevnen omtales på en positiv måte blir det gjerne gjort på en mer vag og indirekte måte. Av dette slutter Ertzeid at hevnen fortsatt har status som et kulturelt, moralsk og rettslig tabu.¹⁷¹

4.1.5 Oppsummering

Gjennomgangen av de ulike rettskildene etterlater liten tvil om at elementer av rettferdig gjengjeldelse eksisterer hos alle. Allikevel er det et gjennomgående trekk at prevensjonshensynet fremheves som formålet med straff. I forarbeidene blir det til og med uttrykkelig sagt at gjengjeldelse ikke kan være formålet med straff.¹⁷² Det virker også som om de fleste, også Andenæs, gjennom henvisningen til de seiglivede forestillingene om gjengjeldelse, er enige om at rettferdig gjengjeldelse spiller en rolle i den alminnelige rettsbevissthet.¹⁷³ Det er nærliggende å forstå disse seiglivede forestillingene som et uttrykk for den såkalte allmenne rettsfølelse. Eckhoff beskriver dette som verdioppfatninger det er allmenn tilslutning om i samfunnet. Disse verdioppfatningene utgjør en del av rettskildefaktoren reelle hensyn, men har som følge av sin allmenne aksept tyngre vekt.¹⁷⁴ Også i Høyesteretts begrunnelser finner vi henvisninger til den allmenne rettsfølelse som begrunnelse for straff.¹⁷⁵ Den allmenne rettsfølelse er viktig av demokratiske hensyn. Et demokratisk system bygger på grunntanken om at

¹⁶⁹ Jacobsen (2004) s. 181-182

¹⁷⁰ Ertzeid (2005) s. 126

¹⁷¹ Ibid s. 127

¹⁷² Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 77

¹⁷³ Andenæs (2004) s.80

¹⁷⁴ Eckhoff (2001) s. 394

¹⁷⁵ Leer-Salvesen (1991) s. 193

det er folkeviljen som skal være avgjørende for den utøvede politikk, lovgivningen skal speile folkets rettsoppfatning¹⁷⁶.

Innholdet i den allmenne rettsfølelsen kan imidlertid problematiseres. Hva folkeviljen går ut på er vanskelig å fastslå, og vil nok også variere etter hvilken rolle man har i samfunnet og i den aktuelle straffesak. Opinionsundersøkelser viser for eksempel at mange er misfornøyd med det generelle straffenivået og mener at det utmåles for lave straffer i Norge.¹⁷⁷ Når respondentene får seg forelagt faktiske straffesaker, viser det seg imidlertid at de legger seg på tilsvarende straffenivå som dommerne.¹⁷⁸ Også Ketil Lund problematiserer den allmenne rettsfølelsens kvaliteter, ved å stille spørsmål om i hvilken grad folks oppfatninger er opplyste og gjennomtenkt.¹⁷⁹

Det er allikevel neppe kontroversielt å hevde at rettferdighetsbetraktninger er en viktig del av den allmenne rettsfølelsen. Dersom en drapsmann skulle slippe straff fordi domstolene ikke kunne finne noen umiddelbare nyttevirksomheter av straffen, ville folk flest oppleve dette som svært urettferdig. Om vedkommende på tross av manglende nyttevirksomheter allikevel ble i dømt fengselsstraff, er det neppe grunn til å tro at folk ville anse det som problematisk. Dette viser seg blant annet i drapssaker, hvor den individualpreventive effekt ved drapssaker er lav, det er sjelden at en drapsmann blir dobbeldrapsmann.¹⁸⁰ Tilsvarende gjelder for den allmennpreventive effekten, de fleste av oss unnlater ikke å begå drap som følge av straffetrusselen, men fordi vi anser det som moralsk forkastelig å drepe. På tross av dette straffer vi drap ved å offisielt begrunne det i preventive hensyn. I likhet med Leer-Salvesen er det fristende å spekulere i om Høyesteretts henvisning til den allmenne rettsfølelse er en indirekte tilslutning til rettferdig gjengjeldelse.¹⁸¹

¹⁷⁶ NOU 2002:4 s. 127

¹⁷⁷ Olaussen (2013) s. 32

¹⁷⁸ Ibid s. 204

¹⁷⁹ Lund (2010) s.71

¹⁸⁰ Kinander (2013) s. 187

¹⁸¹ Leer-Salvesen (1991) s. 193

5 Kan styrkingen av fornærmedes rettigheter begrunnes i hensynet til rettferdig gjengjeldelse?

Diskusjonen om strafferettens utforming og dens legitimitet er dynamisk. Samfunnsmessige endringer påvirker hvilke verdioppfatninger som til enhver tid er rådende i samfunnet, og vil på den måten bidra til en kontinuerlig utvikling av strafferetten og dens begrunnelser. De ulike strafferettsteoriene har på ulikt vis forsøkt å bidra med en moralsk berettigelse for staten til å påføre noen et onde. De relative teorier ved å vise til den samlede nytteeffekt i samfunnet, og de retributive teorier ved å vise til rettferdighetsbetraktninger.

Hvorfor vi straffer og hvordan vi utformer strafferettspleien bygger altså til syvende og sist på verdier.¹⁸² Vi faller tilbake til den grunnleggende konflikten mellom hensynet til samfunnet og hensynet til individet som dominerer store deler av rettsvitenskapen.¹⁸³ Teorien om rettferdig gjengjeldelse tar i større grad enn de relative teorier sikte på å verne om de individorienterte grunnverdiene, herunder det frihetsidealet, som står som en grunnpilar i rettsstaten.¹⁸⁴

Styrkingen av fornærmedes rettigheter bygger også på verdimessige betraktninger. Det er liten grunn til å tro at fornærmedes økte deltagelse i straffesaker er begrunnet i praktiske eller økonomiske hensyn. I fornærmedeutvalgets utredning og departementets behandling av denne, opplever jeg at uttalelser vedrørende fornærmedes rettigheter ofte har en grunnleggende forutsetning om at fornærmede har legitime faktiske og rettslige interesser i straffesaken. Dette er klart for de faktiske interesser. Men derfra til å gi fornærmede rettslige interesser i saken, krever grundige overveielser.

I høringsuttalelsen til fornærmedeutvalget problematiserer Forsvaregruppen av 1977 styrkingen av fornærmedes rettigheter, da de mener at dette vil medføre en utvidelse av straffens begrunnelse. "Dersom samfunnet skal påføre enkeltborgere pine for å tilgodese andre enkeltindivider, er det et langt mer etisk problematisk forhold enn om det skjer for å tilgodese

¹⁸² Jacobsen (2004) s. 12

¹⁸³ Ibid s. 24

¹⁸⁴ Ibid s. 25

samfunnet som sådant.”¹⁸⁵ Uttalelsen viser at de trekker tydelige linjer mellom en styrking av fornærmedes rettigheter og gjengjeldelsesteorier.

I denne delen av oppgaven vil jeg derfor se nærmere på de verdiene teorien om rettferdig gjengjeldelse tar sikte på å verne om, og se om disse korresponderer med de verdiene som søkes oppnådd gjennom styrkingen av fornærmedes rettigheter. Teorien om rettferdig gjengjeldelse setter forbryteren i sentrum, og befatter seg lite med fornærmedes stilling. Det er imidlertid de verdier rettferdig gjengjeldelse hviler på jeg her forsøker å trekke frem, verdier som gir uttrykk for et grunnleggende verdisyn. Avslutningsvis vil jeg se på om tilliten til rettsvesenet kan bidra til å begrunne styrkingen av fornærmedes rettigheter i teorien om rettferdig gjengjeldelse.

5.1.1 Autonomi

I teorien om rettferdig gjengjeldelse står prinsippet om individets autonomi helt sentralt, og er selve utgangspunktet for at forbryteren kan straffes. Autonomibegrepet er ifølge Jacobsen en velegnet innfallsport for å forstå den grunntanken om respekt for individet som har vokst frem i europeiske rettsstater, og som sammen med prinsippet om individets menneskeverd har en sentral stilling i vestlig filosofi.¹⁸⁶ Autonomi betyr en selvbestemmelse for individet, at vedkommende tar ansvar for sitt eget liv, og sine egne handlinger. Frihet er dermed en forutsetning for autonomi.¹⁸⁷ Respekt for individets autonomi er også en begrensende faktor for statens rett til inngrep i borgernes private rettssfære, og dermed en viktig del av rettssikkerhetsbegrepet. Dr. juris Nils Jareborg mener at ”den enskildes interesse av självbestämmande och livsplanering” er den verdien som primært er vernet gjennom rettssikkerhetshensyn.¹⁸⁸

5.1.1.1 Ansvarliggjøring av handlingsvalg

I teorien om rettferdig gjengjeldelse viser betydningen av autonomi seg tydelig ved at forbryteren ansvarliggjøres for sine handlinger, og kommer også til uttrykk i motstanden mot å bruke forbryteren som et middel for å nå politiske mål. Forbryteren anses som et autonomt og

¹⁸⁵ Forsvarergruppen av 1977 (2006) pkt. 1.2

¹⁸⁶ Jacobsen (2009) s. 455

¹⁸⁷ Jacobsen (2009) s. 459

¹⁸⁸ Jareborg (1992) s. 81, sitert etter Jacobsen (2009) s. 454

selvstendig individ, som selv er i stand til å bestemme hvilke handlingsvalg vedkommende tar, og bære følgene av disse. Retributivistene ser ikke forbrytelsen kun som en fri handling, nemlig fri for tvang, men også som et resultat av et bestemt autonomt valg. Duus-Otterström betegner denne modellen for forbrytelser som en autonomimodell (Autonomy model).¹⁸⁹

Retributivismen anser det som moralsk riktig å behandle individer forskjellig ut i fra om deres handlinger er moralsk riktige eller gale, med andre ord hvilke konsekvenser handlingene fortjener.¹⁹⁰ Dette er også et utslag av autonomi. Ved å begå den straffbare handlingen, har forbryteren akseptert den reaksjon han vil få fra samfunnet. Å ansvarliggjøre noen som etter en moralsk vurdering av handlingen fortjener det, er riktig av hensyn til forbryterens menneskeverd. I de relative teorier er også ansvarliggjøring et sentralt element av skyldspørsmålet, men det er lagt til som et tilleggselement for at ikke straffen skal få uheldige utslag. Plassering av skyld og ansvarlighet i seg selv har ingen egenverdi for prevensjonsteoretikerene.¹⁹¹

5.1.1.2 Fornærmedes autonomi

Før lovendringen i 2008 satt fornærmede igjen med en opplevelse av å bli oversett og plassert ut på sidelinjen i straffesaker som sprang ut av deres krenkelse.¹⁹² I artikkelen ”Konflikt som eiendom” beskriver Nils Christie denne situasjonen; ”den ene part som er representert av staten, [blir] representert på en slik måte at hun eller han i det meste av rettergangen er skjøvet helt ut over til sidelinjen, redusert til å være utløseren til hele saken. Offeret blir en dobbelt taper; først vis-a-vis overtrederen; dernest ved å nektes retten til full deltagelse i det som kunne vært en av de viktigste rituelle begivenheter i livet. Offeret har tapt sin sak til staten.”¹⁹³

Fornærmedeutvalget pekte særlig på fornærmedes interesse i å bli inkludert i prosessen.¹⁹⁴ Utvalget viser til viktimologisk forskning og egne undersøkelser hvor det fremgår at fornærmede ”ønsker verdighet og respekt for sin posisjon i saken og en rett til å delta, få informasjon

¹⁸⁹ Duus-Otterström (2007) s. 160-161

¹⁹⁰ Ibid s. 81-82

¹⁹¹ Kinander (2013) s. 182

¹⁹² NOU 2006:10 s. 113

¹⁹³ Christie (1977) s.116

¹⁹⁴ NOU 2006:10 s. 124

og bli hørt”.¹⁹⁵ Samlet sett er det nærliggende å tolke resultatene fra den viktimologiske forskningen som et krav om å bli anerkjent som et autonomt individ. Fornærmede ønsker større delaktighet og innflytelse på begivenheter som har tilknytning til deres eget liv, og de ønsker å bidra til opplysning av straffesaken. En forutsetning for at en handling skal være autonom, er at handlingen er ens egen og at det er fornærmede selv som har utført den.¹⁹⁶ Dette er imidlertid et gradsspørsmål. Er det snakk om handlinger som blir utført på bakgrunn av fornærmedes ønske, vil det være snakk om en autonom handling.¹⁹⁷ At fornærmede opptrer gjennom en bistandsadvokat regnes dermed som en autonom handling.

Fornærmedeutvalget trekker også frem det økte ansvaret for fornærmede som kan følge av den styrkede prosessuelle stillingen. For en rekke fornærmede kan et slikt ansvar være tungt å bære. Fornærmedeutvalget, i tråd med anbefalinger fra flere av høringsinstansene, går inn for at utøvelsen av de aktive rettighetene må være frivillig.¹⁹⁸ Dette er i tråd med prinsippet om autonomi. Den straffbare handling var ikke et resultat av fornærmedes handlingsvalg, og fornærmede kan dermed ikke pålegges noe ansvar for å utøve aktive rettigheter i straffesaken. Har fornærmede først valgt å anmelde saken, er allikevel hovedregelen at vedkommende er forpliktet til å vitne for domstolen, jf. strpl. § 108. Dersom fornærmede velger å utøve sine rettigheter, bærer vedkommende imidlertid ansvaret for konsekvensene av disse handlingene. Selv om fornærmede ikke bærer ansvaret for opplysning av saken, kan det for enkelte fornærmede være vanskelig å akseptere at deres deltagelse ikke medførte at skyldkravet ble bevist.¹⁹⁹

Behovet for å bli anerkjent som innehaver av den krenkelse saken dreier seg om, dreier seg også om å bli behandlet som et autonomt individ. Dr. philos Axel Honneths anerkjennelsesteori tar utgangspunkt i erfaringer om krenkelser og moralsk urett, og henter inspirasjon fra Hegels begreper om anerkjennelse. Honneth skisserer tre mønstre av anerkjennelse for å oppnå autonomi og individualitet.²⁰⁰ For denne avhandlingen er det særlig relevant å se på det

¹⁹⁵ Ibid s. 113

¹⁹⁶ Jacobsen (2009) s. 477

¹⁹⁷ Ibid s. 478

¹⁹⁸ NOU 2006:10 s. 123

¹⁹⁹ Johnsen (2003) s. 144,

²⁰⁰ Honneth (1992) s. 148, sitert etter Stølen (2012) s. 71

mønsteret Honneth omtaler som *rett*; en kognitiv anerkjennelse av en persons rettigheter som fungerer som en betingelse for selvrespekt. Det motsatte av anerkjennelse av *rett*, er at fornærmedes sosiale integritet trues ved frarøving av rettigheter og rettslig utestenging.²⁰¹ Honneths teori samsvarer godt med fornærmedeutvalgets undersøkelser av hvordan fornærmede opplever møtet med strafferettspleien, og hva de ønsker av endringer.²⁰²

Retributivismens syn på mennesket som et fritt og autonomt individ, er ikke forbeholdt tiltalte. At fornærmede også skal behandles som et autonomt individ, gjennom deltagelse og rettigheter i straffesaken, er derfor i overenstemmelse med retributivismen. Hensynet til fornærmedes autonomi begrenses imidlertid av tyngre hensyn innenfor teorien om rettferdig gjengjeldelse. Det er en forutsetning for å straffe at siktede har utvist personlig skyld, rettferdighet er helt grunnleggende. Selv om man kan si at retributivismen anerkjenner fornærmede som et autonomt individ med legitime interesser i straffesaken, setter hensynet til siktede begrensninger for hvor langt disse interessene rekker.

5.1.2 Rettferdighet

For retributivistene er det et sentralt premiss for å straffe, at straffen er rettferdig. Straff kan kun ilegges dersom forbryteren fortjener det, og kun dersom straffen står i et rimelig forhold til forbrytelsen.²⁰³ Dette er også prinsipper som vårt straffesystem bygger på, og som gir uttrykk for den mer overordnede verdien rettferdighet. Rettferdighet både legitimerer og setter begrensninger for bruk av straff. Som begrensende faktor blir den ofte også regnet som en del av rettssikkerhetsbegrepet.²⁰⁴ Også prevensjonsteoretikerene slutter seg til prinsippet om forholdsmessighet og krav om skyld som vilkår for straff, men har problemer med å forklare hvorfor dette bør gjelde. Andenæs begrunnet dette i rettferdighetshensyn, men fremholdt at en slik tilslutning også ville kunne ha en folkeoppdragende virkning.²⁰⁵

²⁰¹ Ibid

²⁰² NOU 2006:10 s. 113

²⁰³ Duus-Otterström (2009)

²⁰⁴ Eckhoff og Smith (2006) s. 50

²⁰⁵ Andenæs (1974) s. 75, sitert etter Olaussen (2013) s. 158 og Andenæs (1996) s. 16

5.1.2.1 Skyldspørsmålet

Når det gjelder betydningen av autonomi, anser retributivistene individet som et fritt og rasjonelt vesen, med ansvar for egne handlinger. For at ansvaret for egne handlinger skal være rettferdig, er det også nødvendig at forbryteren har utvist skyld, at han fortjener straff.²⁰⁶ Forbryteren må ha valgt å utføre en gal handling, vel vitende om at handlingen var gal og uten noen form for tvang. Retributivismen anser det altså ikke som rettferdig å straffe handlinger begått av individer med nedsatt eller manglende ansvarlighet, som lav alder og kognitive eller mentale svekkelser, og heller ikke strafflegging på rent objektivt grunnlag. Rettferdighet forklarer også at det er riktig å operere med ulike grader av skyld, og hvorfor forsøk kan være straffbart.²⁰⁷ I forsøkshandlinger har også forbryteren valgt å utføre en handling, vel vitende om at den var gal og med en intensjon om at handlingen vil gi et gitt resultat. Når det gjelder ansvar på rent objektivt grunnlag, at personlig skyld hos gjerningsmannen ikke er et krav for å straffe, anser ikke retributivistene dette som rettferdig.²⁰⁸ At skyld er en nødvendig forutsetning for å ilegge straff medfører også at retributivistene slutter seg til uskyldspresumsjonen. Dersom det foreligger tvil om at kravet til skyld er oppfylt, kan det ikke straffes. Gjengjeldelsen kommer altså i andre rekke, det er først når det foreligger subjektiv skyld at gjengjeldelsen er rettferdig.

5.1.2.2 Fornærmede og skyldspørsmålet

Fornærmedeutvalgets respondenter omtaler ikke direkte det strenge skyldkravet vi opererer med i norsk rett. Resultatene av fornærmedeutvalgets undersøkelser og den viktimologiske forskningen viser imidlertid at fornærmede har en sterk interesse i avgjørelsen av skyldspørsmålet.²⁰⁹ Her er det særlig plassering av ansvar som er sentralt. Den psykologiske betydningen det har å bli trodd, blir av flere respondenter trukket frem som det vesentlige i strafforfølgningen, for enkelte også viktigere enn selve reaksjonsspørsmålet. Å ivareta sine interesser under fastleggingen av skyldspørsmålet, handler også om fornærmedes autonomi, gjennom ivaretagelse av deres personlige integritet.²¹⁰ Dersom retten legger deres versjon av

²⁰⁶ Moore (1997) s. 403

²⁰⁷ Ibid s. 411

²⁰⁸ Duus-Otterström (2009) s. 330

²⁰⁹ NOU 2006:10 s. 115

²¹⁰ Honneth (1992) s. 148, sitert etter Stølen (2012) s. 71

hendelsesforløpet til grunn bekreftes deres troverdighet, og selvrespekten styrkes gjennom den anerkjennelsen det er å bli trodd. En fellende dom reflekterer også samfunnets manglende aksept av den lovstridige handlingen, noe som ytterligere forsterker fornærmedes selvintegritet.

Når det gjelder den motsatte situasjonen, at saken blir henlagt, eller at tiltalte av andre grunner ikke blir dømt, gir flere uttrykk for at dette oppleves som om at de ikke har blitt trodd, og at de blir oppfattet som løgnaktige blant omgivelsene.²¹¹ Forsvarergruppen av 1977 påpeker i sin høringsuttalelse at en frifinnelse ikke skal være et nederlag for fornærmede. Det forekommer at tiltalte frifinnes, selv om retten holder fornærmedes versjon som overveiende sannsynlig, og således har trodd vedkommende.²¹² Resultatene av fornærmedeutvalgets undersøkelser viser allikevel at en manglende fellende dom oppleves som et nederlag for fornærmede. Dette gjør det nærliggende å se for seg at det for enkelte fornærmede kan være vanskelig å akseptere det høye kravet som stilles til bevis for skyldspørsmål.

Forsvaregruppen av 1977 uttrykker også bekymring for at jo mer fremskutt rolle fornærmede får i straffesaken, jo større karakter av en tvekamp mellom siktede og fornærmede vil prosessen få.²¹³ Dette vil videre kunne lede til at dommerne, bevisst eller ubevisst, anser hensynet til fornærmede som et moment mot å la en eventuell tvil om skyldspørsmålet komme tiltalte til gode. I motsatt fall vil det kunne fremstå som at fornærmede taper.²¹⁴

I saker hvor fornærmede har identifisert gjerningsmannen, men hvor de har motstridende forklaringer om hva som har skjedd, er det naturlig å anta at en fellende dom er det primære ønsket til fornærmede. Om dommeren da senker skyldkravet, bevisst eller ubevisst, vil være i fornærmedes interesse. Tilsvarende betraktninger lå også bak det objektive straffeansvar, som i moderne tid har måttet vike til fordel for skyldprinsippet. Her var det hensynet til

²¹¹ NOU 2006:10 s. 115

²¹² Forsvaregruppen av 1977 (2006) pkt. 1.3

²¹³ Forsvarergruppen av 1977 (2006), pkt. 2.4

²¹⁴ Ibid

fornærmede som var sentralt; ”Den krenketes behov for oppreisning ble et så viktig moment i straffen at det kunne veie tyngre enn kravet om personlig skyld hos gjerningsmannen.”²¹⁵

Det er viktig å påpeke at fornærmedeutvalget ikke har gått inn for et senket skyldkrav av hensyn til fornærmede. Hensynet til siktedes rettssikkerhet er det primære hensynet når det gjelder avgjørelsen av skyldspørsmålet, og skal fortsatt være det. Dette er også i tråd med retributivismen. Hensikten med drøftelsen var å vise hvordan hensynet til siktedes rettssikkerhet kan begrense fornærmedes interesse når det gjelder skyldspørsmålet, og at dette også er i tråd med retributivismens skyldlære.

5.1.2.3 Reaksjonsspørsmålet

I teorien om rettferdig gjengjeldelse er det et sentralt element at straffen skal representere en gjengjeldelse av den krenkelse som er begått. Det er ikke tilstrekkelig at straffen har karakter av å være en gjengjeldelse, den skal også begrunnes i verdien av gjengjeldelse. Hovedsynspunktet er at man ved gjengjeldelsen skal forsøke å gjenopprette en før-tilstand mellom partene. Dette både begrunner gjengjeldelsen, og bestemmer dens art og omfang.²¹⁶ Teorien om rettferdig gjengjeldelse bygger dermed også på prinsipper om likhet og likeverd. En forutsetning for at det søkes oppnådd likeverd er at menneskene er ansett som likeverdige i utgangspunktet. Flere retributivister har uttalt seg om betydningen av likeverd. Morris mente at straff som gjengjeldelse er riktig fordi det fjerner den urettferdige fordelingen forbryteren har skaffet seg ovenfor lovlydige, og således gjenoppretter balansen mellom dem.²¹⁷ Et annet bidrag kommer fra dr. philos Jean Hampton som mente at straff er rettferdig siden det gjenoppretter verdigheten til fornærmede. Ifølge henne anser forbryteren seg som overlegen i forhold til fornærmede, og at straffen falsifiserer denne opplevelsen og gjenoppretter likeverdet.²¹⁸

²¹⁵ Leer-Salvesen (1991) s. 361

²¹⁶ Eckhoff (1971) s. 39

²¹⁷ Morris (1968) s. 478

²¹⁸ Hampton (1988), sitert etter Duus-Otterström s. 113

5.1.2.4 Fornærmede og reaksjonsspørsmålet

Retributivistene tar utgangspunkt i selve forbrytelsen når straffen skal utmåles. Forbrytelsen er en krenkelse av den interesse straffebudet er ment å beskytte, for mitt formål begrenset til fornærmedes interesse. Straffen skal altså gjengjelde den beskyttede interessen, altså fornærmedes krenkelse. Denne koblingen mellom fornærmedes krenkede interesse og straffeutmålingen anser teorien om rettfærdig gjengjeldelse som en ivaretagelse av rettfærdighetsprinsipper. De relative teorier ser også koblingen mellom straffebudet og fornærmede, og anerkjenner et stykke på vei den strafferettslige betydningen av fornærmedes krenkelse gjennom anvendelsen av proporsjonalitetsprinsippet. De vil imidlertid ikke tillegge gjengjeldelsen noen egenverdi i seg selv, og har problemer med å redegjøre for hvorfor de anvender proporsjonalitetsprinsippet innenfor sin egen teori.²¹⁹

Verdighet var en del av tittelen på Robberstads utredning, og ble av fornærmedeutvalget trukket frem som et overordnet ønske fra informantene.²²⁰ Verdighet ble benyttet i forbindelse med fornærmedes ønske om økt deltagelse og innflytelse i straffesaken, og ble ikke i rapporten direkte knyttet til straffeutmålingen. Av rapporten fremgår det også at reaksjonsspørsmålet var av underordnet betydning for fornærmede. Enkelte knyttet størrelsen på straffen til en anerkjennelse av handlingens alvorlighetsgrad, og at straffen representerte en symbolverdi for fornærmede.²²¹ Reaksjonsspørsmålet hadde også betydning for fornærmedes følelse av sikkerhet, da soning gir fornærmede beskyttelse. Flere fornærmede for alvorlige overgrepshandlinger uttalte imidlertid at straffenivået var for lavt, og at straffenivået burde gjenspeile skadevirkningene for fornærmede.²²² Allikevel var det ikke et uttalt mål blant respondentene i utvalget om at straffen skal gjengjeldes.

5.1.2.4.1 Fornærmede og gjengjeldelse

Fornærmedeutvalget skriver i sin utredning at det er viktig for fornærmede at det blir markert at det har skjedd urett mot vedkommende. Videre skriver de: "At den skyldige identifiseres og

²¹⁹ Duus-Otterström (2009)

²²⁰ Robberstad (2002), NOU 2006:10 s. 113

²²¹ NOU 2006:10 s. 116

²²² NOU 2006:10 s. 116

straffes kan innebære en form for oppreisning for fornærmede.”²²³ Forsvarergruppen av 1977 mener at dette indirekte legger opp til at en oppreisning for fornærmede skal begrunne straffleggingen.²²⁴ Videre viser de til utredningens avsnitt 8.2.2, hvor utvalget fremhever at man ikke skal forveksle fornærmedes interesser med et ønske om hevn. Å straffe av hensyn til fornærmede, kan i følge Forsvarergruppen av 1977 vanskelig forstås som noe annet enn uttrykk for hevn eller gjengjeldelse.²²⁵ Tilsvarende synspunkter viste seg blant høringsinstansene til Robberstads utredning fra 2002. Mye av argumentasjonen her forutsatte at fornærmede ønsket hevn, og at slike hensyn ikke var legitime i rettsapparatet.²²⁶

Å slutte fra et manglende uttalt ønske om gjengjeldelse blant informanter i den viktimologiske forskningen, til at gjengjeldelse eller hevn overhodet ikke har noen betydning for fornærmede er etter min mening lite gjennomtenkt. Jeg vil også tørre å påstå at den tabuiseringen som begrepene er gjenstand for hindrer fornærmede i å fritt uttrykke et slikt ønske. Aftenposten skrev på lederplass: ”I vårt siviliserte samfunn føler vi oss ikke bekvemme ved å snakke om eller tenke på det element av hevn som inngår i straffens mekanikk og vesen. Vi vil gjerne tro at vi er, eller burde være, nådd høyere og lenger enn som så.”²²⁷

Undersøkelser av folks oppfatning av straffenivået viser at rettferdighetsbetraktninger, herunder prinsippet om forholdsmessighet, er sentralt.²²⁸ Advokatforeningens spørreundersøkelse i befolkningen om straff og straffegjennomføring fra 2013 viser også at gjengjeldelses- og hevntanken nå samlet sett har størst oppslutning.²²⁹ Det er naturlig å stille spørsmål ved hvorfor gjengjeldelsestanken som viser seg å ha stor oppslutning i samfunnet, ikke kommer til uttrykk hos fornærmede i den viktimologiske forskningen.

²²³ Ibid s. 125

²²⁴ Forsvarergruppen av 1977 (2006) pkt. 1.2

²²⁵ Ibid

²²⁶ Ertzeid (2005) s. 114

²²⁷ Aftenposten (5. juli 2004), sitert etter Ertzeid (2005) s. 88

²²⁸ Olaussen (2013) s. 206

²²⁹ TNS Gallup (2013), sitert etter Keiserud (2013) s. 8

Det kan selvfølgelig være at fornærmede ikke ønsker eller ser verdien av at noen skal straffes for handlingen. Krenkelsen har allerede skjedd, og en eventuell domfellelse vil ikke endre dette.

En annen forklaring kan være uklarheter ved hva som legges i hevn og gjengjeldelsesbegrepet. Dersom fornærmede frykter at et uttrykt ønske om gjengjeldelse eller hevn identifiserer vedkommende med irrasjonalitet og et ukontrollerbart behov for å påføre gjerningsmannen mest mulig pine, er det forståelig at vedkommende ikke gir åpent uttrykk for dette. Her er vi tilbake til den tabuiseringen som hevn og gjengjeldelsesbegrepet fortsatt lider under. Ertzeid skriver i sin avhandling at fornærmede som motiveres av hevn i større grad blir oppfattet som tilbøyelige til å lyve for å oppnå sitt mål om domfellelse, og at de oftere mistenkes for å komme med falske anklager.²³⁰

Den viktimologiske forskningen viser at fornærmedes ønske først og fremst er å få gjerningsmannen dømt, ikke at fengselsstraffen skal være lengst mulig.²³¹ Ved å begrense ønskene til ansvarsplassering og domfellelse, forsøker fornærmede å beskytte seg mot å bli identifisert med et hevngjerrig og umoralsk menneskesyn. En av informantene i forskningen som fornærmedeutvalget gjengir, uttaler at

”Det handler ikke om hevn, det handler om oppreisning.[...] Skulle jeg hevne meg på ham, hadde jeg fått en torpedo til å knuse kneskålene på han. Det hadde vært en skikkelig hevn det. Hvorfor gjør jeg ikke det da? Fordi det ikke er hevn. Det er at han skal skjønne hva han har gjort, og at han skal sone for det.”²³²

Når plassering av skyld og domfellelse trekkes frem som sentrale ønsker fra fornærmede, anser jeg det som naturlig å betrakte dette som et ønske om gjengjeldelse. Selv om fornærmede ikke gir uttrykk for at forbryteren skal påføres mest mulig pine, og det heller ikke er grunnlag for å tillegge fornærmede slike ønsker, er det å plassere ansvaret og påføre vedkommende

²³⁰ Ertzeid (2005) s. 115

²³¹ Robberstad (2003) s. 117

²³² NOU 2006:10 s. 116, sitert etter Vigrestad (2004) s. 129-130

straff en gjengjeldelseshandling. At straffen påføres som en konsekvens av at forbryteren ansvarliggjøres, er også i tråd med gjengjeldelsesbetraktninger.

Utvalget gir også uttrykk for at individualpreventive hensyn, i form av inkapasitering spiller en rolle for fornærmedes ønske om fengsling.²³³ At også nyttevirkninger trekkes frem er imidlertid ikke nødvendigvis i konflikt med teorien om rettferdig gjengjeldelse. Kun dersom individualpreventive hensyn begrunner selve påføringen av straff befinner vi oss utenfor retributivismens område. At inkapasitering medfører en beskyttelse av fornærmede, ville moderne retributivister omtalt som en nyttig bivirkning av straffen.²³⁴ Hvorvidt informantene anser inkapasiteringen som en nyttig bivirkning eller som selve begrunnelsen for straff fremgår ikke av utredningen, og gjør det vanskelig å trekke noen konklusjoner.

5.1.3 Tilliten til rettsvesenet

At samfunnet har tillit til rettsvesenet og de politiske styringsorganene er helt vesentlig i et demokratisk samfunn. Et viktig aspekt ved dette er at de politiske og rettslige beslutninger som treffes skal være i tråd med folkeviljen, den såkalte allmenne rettsfølelse. Som jeg allerede har vært inne på, viser undersøkelser en økende tilslutning i samfunnet til at gjengjeldelsesbetraktninger skal være en del av begrunnelsen for straff.²³⁵ Den økende tilslutningen kan forklares med folkets rettferdighetstrang. For at folkets rettferdighetstrang skal oppfylles, er det nødvendig at skylden plasseres og at straffen som sones gjenspeiler den forbryterske handlingen. Koblingen mellom fornærmede og straffen kommer altså til uttrykk gjennom holdsmessighetsprinsippet, som har stor oppslutning i samfunnet.²³⁶

Det er grunn til å tro at umiddelbar deling av nyheter og informasjon på internett, og kanskje særlig via sosiale medier, har redusert den følelsmessige avstanden mellom enkeltindivider og begivenheter i samfunnet. Allerede i 1974 uttalte den tyske kommunikasjonsforskeren Elisabeth Noelle-Neumann seg om massemedienes store betydning for å sette dagsorden. ”Massemediene vil måtte anses som de som skaper den offentlige mening. De utgjør det press i

²³³ NOU 2006:10 s. 116

²³⁴ Leer-Salvesen (1991) s. 417

²³⁵ Se s. 50

²³⁶ Olaussen (2013) s. 189

omgivelsene som folk forholder seg til med djervskap, ved å opptre føyelig, eller med taushet.»²³⁷ Med den utviklingen som har foregått de siste tiårene, er det all grunn til å tro at medienes rolle ytterligere har styrket seg. Mediene oppfordrer til offentlig deling av meninger og ytringer i kommentarfelt og sosiale medier, og opprettelse av støttegrupper for ofre i straffesaker blir mer og mer vanlig. Den massive eksponeringen tilsier at det er lettere å føle sympati for fornærmede, og gi uttrykk for dette. Om dette er et uttrykk for den allmenne rettsfølelse er det vanskelig å si noe sikkert om. Mulighetene for å offentlig uttrykke sin mening, kombinert med adgangen til å opptre anonymt, kan også bidra til en selektiv forsterkning av gruppetenking og polarisering.²³⁸ Det er derfor grunn til å være varsom med å benytte seg av den allmenne rettsfølelsen som argument. At den er viktig av demokratiske hensyn er det imidlertid ikke tvil om. Det kan derfor være grunn til å stille spørsmål ved om medienes utvikling har ført til økt sympati for ofre i straffesaker, og derigjennom bidratt til å øke tilslutningen i befolkningen til gjengjeldelsesbetraktninger som begrunnelse for straff.

5.1.4 Oppsummering

Fornærmede opplever det som uforståelig at deres rettigheter er så svake, når det er de som er direkte rammet av den straffbare handlingen. De gir uttrykk for at de opplever seg som fremmedgjort og urettferdig behandlet.²³⁹ For de relative teorier har det ingen umiddelbar nyttevirkning at fornærmede får tildelt rettigheter, og i større grad deltar i straffesaken. Her er teorien om rettferdig gjengjeldelse bedre egnet til å forklare styrkingen av fornærmedes rettigheter. Synet på mennesket som et fritt og autonomt individ reflekteres i fornærmedes ønske om anerkjennelse og rett til deltagelse. Også når det gjelder avgjørelsen av skyldspørsmålet, reflekterer gjengjeldelsesteoriens ansvarliggjøring det behovet fornærmede har for plassering av ansvar. Under reaksjonsspørsmålet er formålet med straffen at den skal være rettferdig, og dermed gjenopprette en likeverdig balanse mellom forbryteren og samfunnet. Herunder også fornærmede. Gjenoppretting av fornærmedes verdighet er altså i større grad implementert i teorien om rettferdig gjengjeldelse.

²³⁷ Noelle-Neumann (1974) s. 51, sitert etter Olaussen (2013) s. 126-127

²³⁸ Adams (2011), sitert etter Bangstad og Vetlesen (2011) s. 339

²³⁹ NOU 2006:10 s. 113

6 Avslutning

Utviklingen i samfunnet generelt synes å gå i retning av en økende tilslutning til gjengjeldelsesensynet. Referanser til rettferd- og gjengjeldelsesbetraktninger finner vi i alle de tradisjonelle rettskildefaktorene. Allikevel er det et stykke igjen før det er legitimt å si at gjengjeldelsen har en verdi i seg selv, og ikke utelukkende som en mentalhygienisk virkning for samfunnet. En forutsetning for at vi i det hele tatt kan komme dit, er at straffens begrunnelser i større grad blir diskutert. Ifølge Jacobsen er det et generelt problem på strafferettens område, at rettsfilosofiske problemstillinger kun i liten grad blir debattert.²⁴⁰ Det er nærliggende å anta at dette i enda større grad gjelder for retributivismen hvis innhold i stor grad er tabuisert. Tabuiseringen viser seg særlig i diskusjonen om fornærmedes straffeprosessuelle stilling. Informanter i den viktimologiske forskningen er påpasselige med å forsvare seg mot påføring av et hevnmotiv, og kritikerne er raske med å anklage dem for dette. Det negative fortegnet hevn og gjengjeldelsesbetraktninger tillegges, bidrar til en ytterligere forsterkning av det tabuet gjengjeldelsesbetraktninger lider under.

Tidligere i avhandlingen ga jeg uttrykk for at den prinsipielle begrunnelsen for styrkingen av fornærmedes rettigheter i forarbeidene var mangelfull. Dette har etter min mening sammenheng med motstanden mot hevn- og gjengjeldelsesbetraktninger i norsk rett. Dersom man skulle ha gått i dybden på rettsfilosofiske begrunnelser for styrkingen av fornærmedes straffeprosessuelle stilling, er det vanskelig å komme utenom gjengjeldelsesbetraktninger. Å utfordre dette tabuet er dermed viktig i to henseender. For det første vil det bidra til en mer åpen og ærlig diskusjon av straffens begrunnelser, som er til det beste for utviklingen av en mer solid verdimeisig forankret strafferett. Og for det andre vil det bidra til at vi i større grad kan diskutere den rettsfilosofiske begrunnelsen for styrkingen av fornærmedes rettigheter.

²⁴⁰ Jacobsen (2004) s. 63

Litteratur

- Adams, Tim. *Why anger is all the rage*. I: The Guardian Weekly. 2. september 2011
- Aftenposten. *Leder*. I: Morgentugaven 5. juli 2004
- Andenæs, Johs. *Strafferettens alminnelige del I*. Oslo, 1949
- Andenæs, Johs. *Straffens formål*. I: Tidsskrift for rettsvitenskap. Årg. 84 (1971), s. 151-155
- Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett*. 2. utg. Oslo, 1974
- Andenæs, Johs. *Statsforfatningen i Norge*. 4. utg. Oslo, 1976
- Andenæs, Johs. *Almenprevensjon – illusjon eller realitet?* I: Straff, almenprevensjon og kriminalpolitikk. Oslo, 1990
- Andenæs, Johs. *Straffen som problem*. Halden, 1996
- Andenæs, Johs. *Norsk straffeprosess*. Bind I og II. 3. utg. Oslo, 2000
- Andenæs, Johs. 5. utg. Ved Matningsdal, Magnus og Rieber-Mohn, Georg Fredrik. *Alminnelig strafferett*. Oslo, 2004
- Andenæs, Mads Henry. *Rettskildelære*. Oslo, 1997
- Bangstad, Sinder og Arne Johan Vetlesen. *Ytringsfrihet og ytringsansvar*. I: Nytt norsk tidsskrift. Årg. 4 (2011), s. 334-343
- Bratholm, Anders. *Strafferett og samfunn*. Alminnelig del. Oslo, 1980
- Christie, Nils. *Konflikt som eiendom*. I: Tidsskrift for rettsvitenskap. Årg. 90 (1977), s. 113-132
- Christie, Nils. *De fratagbare goder*. I: Tidsskrift for samfunnsforskning. (1966) s. 119 flg.
- Christie, Nils. *Kriminalitetskontroll som industri*. Oslo, 2000
- Duus-Otterström, Göran. *Punishment and personal responsibility*. Department of Political Science. Göteborg University, 2007
- http://www.utbildning.gu.se/digitalAssets/1316/1316460_avhandling_gdo.pdf (sitert 6. Februar 2014)
- Duus-Otterström, Göran. *Straff som retribusjon*. I: Minerva. Årgang 2 (2009)
- <http://www.minervanett.no/straff-som-retribusjon/> (sitert 7. februar 2014)
- Eckhoff, Torstein. *Rettferdighet ved utveksling og fordeling av verdier*. Oslo, 1971
- Eckhoff, Torstein. 5. utg. Ved Jan E. Helgesen. *Rettskildelære*. Oslo, 2001
- Eckhoff, Torstein og Eivind Smith. *Forvaltningsrett*. 8. utg. Oslo, 2006
- Eng, Svein. *Rettsfilosofi*. Oslo, 2007.
- Ertzeid, Aina Mee. *Hevn og straff. Studier av hevners strafferettslige legitimitet*. Bergen, 2005

- Eskeland, Ståle. *Strafferett*. Oslo, 2006
- Flaatten, Sverre. *Linedanserne – Straffens strateger og det legale herredømme*. I: Jussens venner. Årg. 1 (2014), s. 1-37 (sitert fra idunn.no)
- Hampton, Jean. *The retributive idea*. I: Forgiveness and Mercy. Jean Hampton og Jeffrey G. Murphy (red.) Cambridge, 1988
- Hauge, Ragnar. *Straffens begrunnelser*. Oslo, 1996
- Honneth, Axel. *Kampf um Anerkennung. Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte*. Frankfurt, 1992
- Jacobsen, Jørn R.T. *Menneskevern eller menneskeverd?: Ei innleiing til spørsmålet om allmennprevensjonen sin rettslege legitimitet*. Bergen, 2004.
- Jacobsen, Jørn R.T. *Fragment til forståing av den rettsstatlege strafferetten*. Bergen, 2009
- Jareborg, Nils. *Straffrättsideologiska fragment*. Uppsala, 1992
- Johnsen, Jon T. *Upartisk straffeforfølgning – ramme for fornærmedes rettigheter i straffesaker?* I: Tidsskrift for Strafferett. Årg. 2 (2003), s. 141-165 (sitert fra Gyldendal rettsdata)
- Keiserud, Erik. *Årstale*. Leder Advokatforeningen. 2013
- Kinander, Morten. *Straffens begrep og begrunnelse i norsk rett – en kritikk*. I: Jussens venner. Årg. 3 (2013), s.155-192 (sitert fra idunn.no)
- Leer-Salvesen, Paul. *Menneske og straff. En refleksjon om skyld og straff som et bidrag til arbeidet med straffens etikk*. Oslo, 1991
- Lund, Ketil. *Nedbyggingen av den liberale rettsstat*. I: Kristin Clemet og John O. Egeland (red): *Til forsvar for personvernet*. Oslo, 2010
- Mayer, Ann Elizabeth. *Law and Religion in the Muslim Middle East*. I: The American Journal of Comparative Law. Vol. 35, No. 1 (1987), s. 127-184 (sitert fra jstor.org 13. februar 2014)
- Moore, Michael. *Placing blame. A General Theory of the Criminal Law*. Oxford, 1997
- Morris, Herbert. *Persons and punishment*. I: The Monist. Vol.52, No. 4. (Oktober 1968), s.475-501 (sitert fra jstor.org 6. februar 2014)
- Mæland, Henry John. *Norsk alminnelig strafferett*. Bergen, 2012
- Noelle-Neumann, Elisabeth. *The Spiral of Silence. A Theory of Public Opinion*. I: Journal of Communications. Vol, 24 (2), (Spring, 1974), s. 43-51
- Olaussen, Leif Petter. *Hva synes folk om straffenivået? En empirisk undersøkelse*. Oslo, 2013
- Robberstad, Anne. *Mellom tvekamp og inkvisisjon*. Oslo, 1999
- Robberstad, Anne. *Kontradiksjon og verdighet*. Rapport til justisdepartementet. Oslo, 2002
- Robberstad, Anne. *Bistandsadvokaten. Ofrenes stilling i straffesaker*. 2.utg. Oslo, 2003

- Ross, Alf. *Straffens formål*. I: Tidsskrift for rettsvitenskap, (1969), s. 391-430
- Ryssdal, Anders. *22. juli og rettsstatens liturgi*. I: Lov og Rett, Årgang 10 (2011), s. 573-574 (sitert fra idunn.no)
- Slettan, Svein og Toril Marie Øie. *Forbrytelse og straff. Lærebok i strafferett*. Oslo, 1997
- Storberget, Knut. *Hva er straff som fortjent?* I: Aftenposten. 21. mars 2007
<http://www.regjeringen.no/nb/dokumentarkiv/stoltenberg-ii/jd/taler-og-artikler/2007/hva-er-straff-som-fortjent.html?id=458786> (Sitert 18. januar 2014)
- Strandbakken, Asbjørn. *Uskyldspresumsjonen: "In dubio pro reo"*. Bergen, 2003
- Stølen, Tomas. *Muligheter for kritisk teori etter Habermas*. I: Agora. Årg. 1 (2012), s. 60-78 (sitert fra idunn.no)
- Sundby, Nils Kristian. *Strafferetten og dens begrensninger*. I: Lov og rett, (1976) s. 51-91
- TNS Gallup. *Advokatforeningens spørreundersøkelse om straff og straffegjennomføring*. 2013
- Tonry, Michael. *Retributivism has a past: Has it a future?* Michael Tonry (red.) Oxford (2011)
http://books.google.no/books?id=piTtdlaJdj4C&dq=retributivism+impact+countries&hl=no&source=gbs_navlinks_s (Sitert 12. februar 2014)
- Vigrestad, Ann Iren. *Voldtektsofres møte med rettsapparatet*. Hovedfagsavhandling i kriminologi. Institutt for kriminologi og rettssosiologi. Universitetet i Oslo, 2004
- Whitman, James Q. *A plea against retributivism*. I: Buffalo Criminal Law Review. Årg. 7 (2004), s. 85-107
http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1648&context=fss_papers (Sitert 12. februar 2014)
- Zahle, Henrik. *Praktisk rettsfilosofi*. København, 2005

Oppslagsverk

- Bokmålsordboka*, Universitetsforlaget. Elektronisk utgave utarbeidet av Universitetet i Oslo og Språkrådet.
<http://www.nob-ordbok.uio.no/perl/ordbok.cgi?OPP=&bokmaal=+&ordbok=bokmaal>
- The Oxford companion to philosophy*. Oxford and New York, 1995
- The Philosophy of Law: An Encyclopedia*. Edited by Christopher Berry Gray. New York and London, 1999

Lov og forarbeidsregister

1814 Norges Riges Grundlov (Grunnloven) av 17. mai

1902 Almindelig borgerlig straffelov (straffeloven) av 22. mai nr 10.

1981 Om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) av 22. mai nr. 25.

1995 Lov om politiet (politiloven) av 4. august nr. 53

S.K.I. 1925 Innstilling fra den av Justisdepartementet 11. mai 1922 oppnevnte komité til revisjon av straffeloven. Første del, Oslo, 1925.

Forsvarergruppen av 1977. Høringsuttalelse til NOU 2006:10 (mottatt på mail fra Justisdepartementet)

Innst. O. Nr. 72 (2004-2005). *Innstilling fra justiskomiteen om lov om straff (straffeloven)*

St. meld. 104 (1977-78). *Om kriminalpolitikken (kriminalmeldingen).*

NOU 1983:57 *Straffelovgivningen under omforming. Straffelovkommisjonens delutredning I.*

NOU 2002:4 *Ny straffelov. Straffelovkommisjonens delutredning VII.*

NOU 2006:10 *Fornærmede i straffeprosessen – nytt perspektiv og nye rettigheter.*

NOU 2009:15 *Skjult informasjon – åpen kontroll. Metodekontrollutvalgets evaluering av lovgivningen om politiets bruk av skjulte tvangsmidler og behandling av informasjon i straffesaker.*

Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) *Om lov om straff (straffeloven).*

Prop. 147 L (2012-2013) *Endringer i straffeprosessloven mv. (behandling og beskyttelse av informasjon).*

Betænkning nr. 1428 *Retssikkerhedskommissionens betænkning.* København, 2003

Domsregister

Rt. 1980 s. 927

Rt. 1983 s. 1268

Rt. 1985 s. 437

Rt. 1994 s. 1552

RG. 2012 s. 1153